



Reconciling the Dual-Faceted Mandates of Quasi-Judicial Human Rights Bodies: The Working Group on Arbitrary Detention's *Prima Facie* Approach to Evidence

Matthew Gillett^{*} , Yutaka Karukaya^{**}  and Mia Marzotto^{***}

ABSTRACT

Focusing on evidentiary approaches, this article examines the burdens and standards of proof applied at United Nations quasi-judicial international human rights bodies. These bodies have dual-faceted mandates, combining legal and human rights traditions and imperatives. However, they diverge in their approach to evidence. This article argues that the *prima facie* approach developed over the Working Group on Arbitrary Detention's 30 years of jurisprudence provides an appropriately flexible and conceptually coherent means of accommodating combined human rights and the judicial mandates. Nonetheless, this approach requires lexiconic and taxonomical tightening, and clarification of its standard of proof. Comparing the approaches taken by other quasi-judicial bodies, this article builds the impetus towards inter-institutional consistency. It reviews proposals such as wholesale reversal of the burden of proof onto Governments. It highlights the drawbacks of that unilateral type of burden and the risks that it would introduce further uncertainty for parties to proceedings, may cause onerous difficulties for claimants, and would potentially flood the human rights institutions with unsubstantiated claims.

KEYWORDS: evidence, burden of proof, standard of proof, fact-finding, Human Rights Council, Working Group on Arbitrary Detention

^{*} Senior Lecturer (Associate Professor) University of Essex, UK; United Nations Special Mandate Holder (Vice-Chair (Communications) of the Working Group on Arbitrary Detention), e-mail: matthew.gillett@essex.ac.uk

^{**} Refugee and Immigration Rights Lawyer; former member of the University of Essex Arbitrary Detention Redress Unit, UK, e-mail: karukaya.law@gmail.com/yk22952@essex.ac.uk

^{***} Human Rights Advocacy Officer; former member of the University of Essex Arbitrary Detention Redress Unit, UK, e-mail: miamarzotto@gmail.com/mm22392@essex.ac.uk

1. INTRODUCTION¹

‘...treating like cases alike and unlike cases differently is a general axiom of rational behaviour.’²

Just as evidentiary procedures are the arteries of judicial bodies, the rules governing burdens and standards of proof are essential to the functioning of quasi-judicial human rights institutions.³ These rules determine which materials will be considered, who must provide them, and on what basis they will be assessed. They also ensure consistent approaches to fact-finding. In doing so, they directly impact the outcomes of cases and, more broadly, the reputation of the human rights bodies themselves.⁴

Whereas the burdens and standards of evidence in regional human rights bodies (particularly the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR)) have been subjected to considerable scholarly analysis,⁵ their approaches remain unclear and subject to debate in several respects.⁶ In relation to United Nations quasi-judicial human rights bodies the situation is even more in need of clarification and systemisation. However, little scholarly attention has been paid to this topic.⁷

In the few works on this subject, the evidentiary approaches taken by United Nations quasi-judicial human rights bodies have been criticised as both opaque and lacking in consistency,

¹ The views herein are those of the authors alone, written in a personal capacity, and do not necessarily reflect those of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention or any other entity. The views are made without prejudice to the veracity of any claim concerning a particular incident, situation, instrument or case. The authors thank Professor Carla Ferstman for her insightful comments.

² United Kingdom Privy Council per Lord Hoffman, *Matadeen v Pointu*, [1999] 1 AC 98, [1998] UKPC 9, [1998] 3 WLR 18, para 8 (Privy Council from Mauritius). See also Rault J. in *Police v Rose* [1976] M.R. 79, at 81 ([‘e]quality before the law requires that persons should be uniformly treated, unless there is some valid reason to treat them differently.’).

³ See *infra* at Section 2 for the definition of quasi-judicial human rights bodies.

⁴ See, e.g. Bovino, ‘La Actividad Probatoria Ante La Corte Interamericana De Derechos Humanos’ (2005) 3 *Surrevista internacional de derechos humanos* 2, at 61.

⁵ See, e.g. Paul, ‘An Overview of the Inter-American Court’s Evaluation of Evidence’, in Haack, Ruiz-Chiriboga and Herrera (eds) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, (2015); Thienel, ‘The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights’ (2007) 50 *German Yearbook of International Law* 543; Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights* (2018).

⁶ See *infra* at Sections 2 and 6.

⁷ To date, scholarship on the Working Group has largely focused on its substantive jurisprudence and its procedures other than its approach to burdens and standards of evidence; see, e.g. Genser, *The UN Working Group on Arbitrary Detention: Commentary and Guide to Practice* (2020) at 444 (which has only a brief discussion of its approach to evidence in Part III); Mazzinghy, ‘Please, Set Me Free! The Right to Challenge an Unlawful Detention: Scrutinizing the Practice of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention’ (2020) 5 *Perth International Law Journal* at 84–85 (detailing the substantive jurisprudence and framework of the Working Group, while also briefly touching on its burden of proof); Toomey, ‘Detention on Discriminatory Grounds: An Analysis of the Jurisprudence of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention’ (2018) 50 *Columbia Human Rights Law Review* 185 (exploring the Working Group’s approach to discriminatory detention, and in doing so making passing references to its approach to the burden of proof and evidence); Weissbrodt and Mitchell, ‘The United Nations Working Group on Arbitrary Detention: Procedures and Summary of Jurisprudence’ (2016) 38 *Human Rights Quarterly* 655 at 667–668 (providing a brief description of the Working Group’s process of receiving information from the source and government, without commenting on the burden or standard of proof in any detail); Genser and Winterkorn-Meikle, ‘The Intersection of Politics and International Law: The United Nations Working Group on Arbitrary Detention in Theory and in Practice’ (2008) 39 *Columbia Human Rights Law Review* 687 (exploring the Working Group’s flexible institutional parameters without specifically focusing on its approach to the burden of proof and evidence). Almost two decades ago, Frans Viljoen examined the Working Group’s fact-finding procedure in his discussion of United Nations complaint bodies. However, his assessment did not focus on the Working Group in extensive detail and whereas he made large-scale institutional proposals, such as the creating of a general human rights complaint body as a stepping stone to a United Nations Human Rights Court, as well as major adjustments like introducing oral hearings, he did not propose a model for burdens and standards of proof at the operational level (in contrast with the present article which does make specific proposals); Viljoen, ‘Fact-Finding by UN Human Rights Complaints Bodies—Analysis and Suggested Reforms’ (2004) 8 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. On the burdens in the United Nations Treaty Bodies, see Roberts, ‘Reversing the Burden of Proof Before Human Rights Bodies’ (2021) 25 (10) *The International Journal of Human Rights* 1682.

inter- and intra-institutionally.⁸ Explicit explanation is necessary to remedy the opacity, in line with the Justice Brandeis mantra that ‘sunlight is the best disinfectant’.⁹ To remedy the inconsistency, identifying common approaches and standards is required. To advance in both those respects, the present article seeks to discern effective models and practices for the adjudication of evidence that quasi-judicial human rights bodies may pivot towards.

The following analysis provides a unique in-depth assessment of the approach of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention (‘Working Group’ or ‘WGAD’). Because of its heavy case-load and extensive jurisprudence, it is a fertile subject for examination and comparison to other quasi-judicial human rights bodies.¹⁰ Whilst the Working Group must operate according to its mandate from the Human Rights Council,¹¹ it has a unique scope of manoeuvre as the only non-treaty-based mechanism whose mandate expressly provides for the consideration of individual complaints of arbitrary detention,¹² and the only Special Procedure to issue quasi-judicial conclusions in specific cases.¹³ It can engage with any UN Member State irrespective of which treaties that State has or has not ratified.¹⁴ Moreover, it does not require the exhaustion of domestic remedies on the part of the complainant.¹⁵ Unsurprisingly, the Working Group receives a large volume of individual complaints from all regions of the World. From its inception in 1991 to the end of 2022, it has generated over 1600 decisions (called opinions) as a result of its adversarial process,¹⁶ which adheres to the principle of *audi alteram partem*.¹⁷ Its outputs are transparent—in 2011, the Working Group launched a database to facilitate access of victims, States and civil society to its opinions and other materials.¹⁸ Since then, there has been a steady increase in the number of individual complaints submitted to the Working Group, which has also seen a corresponding rise in its output of opinions (now numbering around 80 to 90 per year, up from 60 to 70 per year around 2011).¹⁹

At the normative level, the detailed picture of how one quasi-judicial human rights body has reconciled its dual mandates²⁰ provides a benchmark point of reference to identify points of complementarity and dissonance with other quasi-judicial human rights bodies. Encouraging

⁸ See e.g. critique of the Human Rights Committee for not always applying the shift of the burden of proof consistently and rendering a so-called ‘default decision’: Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (2012) at 219.

⁹ Brandeis, *Other People’s Money* (1914), at 92.

¹⁰ On the relationship between United Nations Special Procedures and United Nations Treaty Bodies, see Rodley, ‘United Nations Human Rights Treaty Bodies and Special Procedures of the Commission on Human Rights—Complementarity or Competition?’, in Ando (ed) *Towards Implementing Universal Human Rights: Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*, (2004). Note that the Working Group has termed its decisions ‘opinions’, as discussed *infra* n 33.

¹¹ As noted herein, the Working Group was established by resolution 1991/42 of the Commission on Human Rights (E/CN.4/RES/1991/42) and most recently renewed in the Human Rights Council resolution 51/8 of 2022.

¹² WGAD, *Revised Fact Sheet No 26* (2019) at 4; available at: www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Detention/FactSheet26.pdf [last accessed 23 November 2023].

¹³ Rodley *supra* n 10 at 14. The Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances deals with individual complaints but does not reach findings; Viljoen *supra* n 7 at 61–62.

¹⁴ WGAD *supra* n 12 at 4.

¹⁵ Whereas the term ‘complainant’ is used inter-changeably with ‘source’ throughout this article, opinions of the Working Group only use the term ‘source’.

¹⁶ See Toomey *supra* n 7, fn. 26 (noting that the Working Group had issued 1199 opinions by December 2017) and see also the Working Group Annual Reports from 2018 to 2022 (+ 90 (2018) + 85 (2019) + 92 (2020) + 85 (2021) + 88 (2022) = 1639). To give a typical indication of the rate of opinion production, in 2022, the Working Group, under its regular procedure, adopted 88 opinions concerning the detention of 160 persons in 50 countries; A/HRC/54/51, 2022 Annual Report of the Working Group on Arbitrary Detention, 31 July 2023. Many of these cases involve multiple detainees, often numbering in the dozens.

¹⁷ See Viljoen *supra* n 7 at 55 (also referring to this as *audiatur et altera pars*).

¹⁸ WGAD, ‘Report of the Working Group on Arbitrary Detention’ (2011) UN Doc A/HRC/19/57, summary and para 5. That database has since been replaced by one operated by the WGAD itself, available at: <https://wgad-opinions.ohchr.org/> [last accessed 23 November 2023].

¹⁹ See A/HRC/51/29 para 14 for the number of cases in 2021 and *ibid* para 8 for the number of cases in 2011.

²⁰ See Mazzinghy *supra* n 7 at 84 (‘[i]n dealing with evidentiary issues, the Working Group has a solid and well-established jurisprudence.’).

consistency (in the Aristotelian²¹ sense of like cases in fact being treated alike²²) across similarly situated quasi-judicial bodies²³ enhances several values fundamental to the rule of law.²⁴ These include fairness and equality before the law, predictability, transparency, accountability, and impartiality. Consistency also undermines claims that human rights law is implemented arbitrarily. In promoting these values, consistency contributes to the legitimacy of the human rights bodies and their application of human rights law.

At the conceptual level, this article advances the literature by examining how the ontology and mandates of quasi-judicial human rights bodies cohere with a sequentially shared burden of proof. It prospectively argues that the beyond reasonable doubt standard which the ECtHR has purported to apply,²⁵ is incongruous for human rights bodies hearing cases against States, and that instead a 'balance of probabilities'²⁶ standard better reflects the context of litigating alleged incursions into fundamental rights and freedoms.²⁷ In this way, it seeks to enhance the fact-determining function of quasi-judicial human rights bodies, which will in turn promote reliance on and compliance with their decisions. This will also benefit States and ultimately victims through the establishment of clear, consistent, and reliable approaches to evidence of human rights violations.

Focusing on burdens of proof and approaches to evidence, the thesis of this paper is as follows: quasi-judicial international human rights bodies all have a dual-faceted mandate, mixing legal and human rights traditions and imperatives, but diverge in their approaches to evidence (Section 2); the Working Group's *prima facie* approach is an appropriately flexible and conceptually coherent means of accommodating the human rights and the judicial mandates (Section 3); despite its core validity, the Working Group's *prima facie* approach requires lexiconic and taxonomical tightening (Section 4); but the Working Group's application of this standard in practice provides considerable guidance for other quasi-judicial human rights bodies (Section 5); building the impetus towards consistency among quasi-judicial human rights bodies is imperative (Section 6); but alternative approaches, such as a selective reversal of the burden of proof in specific circumstances or a complete shift of the burden to the Government in all instances, are undesirable as they would introduce further uncertainty for parties to proceedings, may actually result in higher burdens for claimants, and would potentially flood the Working Group and other institutions with unsubstantiated claims (Section 7). The conclusions reached seek to ensure respect for both facets of the ontology of these bodies (Section 8).

²¹ See Stanford Encyclopedia of Philosophy, 'Equality', (2021; available at: <https://plato.stanford.edu/entries/equality/> [last accessed 23 November 2023]) citing Aristotle, *Nicomachean Ethics*, V. 3. 1131a10–b15; *Politics*, III.9.1280 a8–15, III. 12. 1282b18–23.

²² McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), at 73. See also Brand-Ballard, 'Treating Like Cases Alike', *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging* (2010).

²³ There are some procedural differences between these bodies. For example, whereas the Treaty bodies typically incorporate a formalised admissibility step in their procedure, the Working Group's regulatory instruments do not explicitly set out such a step. However, they all incorporate human rights fact-finding into quasi-judicial adversarial processes and the approaches and standards set out herein can be adapted to their specific procedures as necessary. Accordingly, the proposals in this article should be considered for adoption in different bodies *mutatis mutandis*. See also Viljoen *supra* n 7 at 63, 77–80.

²⁴ See United Nations Secretary-General, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, S/2004/616 (2004) ('The "rule of law" [...] requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.').

²⁵ See *infra* Section 6.

²⁶ This is equivalent to a 'preponderance of evidence', or 'convincing evidence', or 'reasonable to conclude' standard, as discussed *infra* at Section 6.

²⁷ Whereas some facets of the Working Group's operations are non-adjudicative, such as sending allegations letters to Governments, its individual complaint process has a litigation style process with the complainant providing submissions which are responded to by the Government within an established time and length limit. See also Viljoen *supra* n 7 at 77.

2. THE DUAL-FACETED MANDATES OF QUASI-JUDICIAL HUMAN RIGHTS BODIES

Quasi-judicial human rights bodies sit at the intersection of adjudication and human rights activism.²⁸ The term ‘quasi-judicial’ is used herein to refer to bodies that exercise court-like functions, such as receiving evidence, overseeing adversarial procedures,²⁹ and considering complaints by States and/or individuals. They are not courts, however, as these bodies also undertake broader human rights activities such as sending communications to States, disseminating press releases, considering State reports, issuing general comments (or deliberations) on thematic issues, and conducting regular country visits.³⁰ Relevant institutions include Treaty Bodies, such as the Human Rights Committee, the Committee on the Rights of the Child, the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination.³¹ Although not a treaty-body, the Working Group on Arbitrary Detention exercises similar functions, as it accepts individual complaints and utilises an adversarial process.³²

Quasi-judicial bodies issue decisions known as ‘views’ or ‘opinions’.³³ While the bindingness of these decisions is debated,³⁴ they are considered authoritative interpretations of obligations under applicable treaties and customary international law, issued by specialised bodies entrusted with interpreting those instruments.³⁵ Some domestic legal systems have held that they require implementation.³⁶ The Working Group itself sees a significant number (though currently not a majority) of persons subject to its determinations released following the issuance of opinions declaring them to have been arbitrarily detained.³⁷

The evidentiary approaches applied by entities typically reflect their mandates and ontology. For example, criminal courts can impose forceful measures of compulsion, including incarceration.³⁸ To keep such powers in check requires strict adherence to the presumption of innocence and accompanying fair trial guarantees. As conveyed by Blackstone’s ratio: ‘it is better that ten guilty persons escape than one innocent person suffer’.³⁹ For evidentiary procedures

²⁸ As set out in the following paragraphs, there is a contrast between the human rights world, which has traditionally not been focused on rules of evidence and burdens and standards, whereas those issues are central to adjudication and litigation. Moreover, human rights work is typically conducted in the face of an unequal dichotomy between the individual and the government, whereas litigation is conducted in the face of two equal parties (in theory).

²⁹ The term adversarial is used in the broad sense of parties with typically opposing viewpoints provide submission which are then adjudicated by neutral fact-finders who have no connection to the parties. It is not used to specifically refer to the common law legal system. Viljoen explains that already by 2004 the increasing judicialization of these bodies that had made the label ‘quasi-judicial’ bodies appropriate; Viljoen *supra* n 7 at 81.

³⁰ See generally Connors and Shah, ‘Chapter 19: United Nations’, in Moeckli, Shah and Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, 4th Edition (2022), at 393–418.

³¹ See *infra* at Section 6; Rodley, *supra* n 10 at 12–13.

³² See generally Connors and Shah *supra* n 30 at 393–418.

³³ The Commission on Human Rights called for the Working Group to give ‘views’, rather than ‘decisions’ in res. 1997/50, 15 April 1997, para 7, and the Working Group has termed its decisions ‘opinions’ since then.

³⁴ See Redondo, ‘Rethinking the Legal Foundations of Control in International Human Rights Law—The Case of Special Procedures’ (2011) 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 261 at 283, 286 and Genser and Winterkorn-Meikle *supra* n 7 at 118–119 (both arguing that the Working Group’s opinions are not legally binding). Cf. Mazinghy *supra* n 7 at 70–71 (noting that the prohibition of arbitrary detention is considered a *jus cogens* norm and therefore any treaty which conflicts with it would be voided pursuant to Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). See also Toomey *supra* n 7 at 235.

³⁵ See HRC, General Comment 33, CCPR/C/GC/33 (2008) para 11.

³⁶ See, e.g. *Maria de los Angeles Gonzalez Carreño v Ministry of Justice*, No 1263/2018 ROJ; STS 2747/2018, ROJ: STS 2747/2018, ECLI:ES:TS:2018:2747. See also Connors and Shah *supra* n 30 at 411–413.

³⁷ WGAD 2022 Annual Report of the Working Group on Arbitrary Detention (2023) A/HRC/54/S1 Annex 3, para 12.

³⁸ See Kelsen, ‘As a coercive order, the law is distinguished from other social orders. The decisive criterion is the element of force—that means that the act prescribed by the order as a consequence of socially detrimental facts ought to be executed even against the will of the individual and, if he resists, by physical force’ (Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Knight (trans.), (1967 [1934]) at 34–41.

³⁹ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 21st ed. (1765), bk. IV, ch. 27, at 358. Voltaire wrote of ‘the great principle that it is better to run the risk of sparing the guilty than to condemn the innocent.’ Arouet de Voltaire *Zadig, or Fate, in Candide and Other Stories* (1962) at 20.

and burdens, this means that the prosecution bears the burden of establishing guilt to the requisite standard, which in common law systems is typically ‘beyond reasonable doubt’,⁴⁰ in Francophone systems *conviction intime*,⁴¹ and, in the Islamic tradition, has been stated as overcoming the ‘slightest doubt’.⁴²

Conversely, human rights institutions do not place individuals in prison; often they call on governments to do the opposite.⁴³ Unlike the accused in a criminal case, a respondent government in a human rights case typically has far greater access to formal sources of evidence and related materials than the complainant. Consequently, the justifications underlying criminal burdens and standards do not readily transpose across to these human rights bodies.

Even among quasi-judicial human rights bodies there exists significant variation in their approach to evidence. Flexibility is useful for these bodies, as it allows them to explore new legal issues and reflects their differing areas of legal focus. Yet, all of them must determine facts in order to have a substrate on which to superimpose the law.⁴⁴ The maintenance of rigorous and broadly consistent approaches to fact-finding in adversarial processes is important for the correct determination of each case, to avoid disparate outcomes depending on the forum chosen, and, more broadly, for the reputation, credibility, and impact of the quasi-judicial bodies’ work.⁴⁵ For all these bodies it is critical to reconcile their human rights ontology with their judicial functioning. In this pursuit, the following section examines how one of these bodies—the Working Group, has balanced these two facets.

3. BALANCING JUDICIAL AND HUMAN RIGHTS MANDATES: THE WORKING GROUP’S APPROACH TO EVIDENTIARY ASSESSMENTS

As one of the Human Rights Council’s Special Procedures, the Working Group is mandated to assess violations of the peremptory norm against arbitrary detention.⁴⁶ It has a broadly similar nature to treaty bodies such as the Human Right Committee,⁴⁷ albeit as part of the United

⁴⁰ See, e.g. Rome Statute of the International Criminal Court, Article 66(3); *Martić*, IT-95–11-A, Appeal Judgment, 8 October 2008, para 61) (‘a finder of fact to be satisfied that there is no reasonable explanation of the evidence other than the guilt of the accused’). Although there is variation in formulations around the world, the beyond reasonable doubt standard also features in some civil systems, such as Italy (see Article 533 of Codice di Procedura Penale, (G.U. n.250 del 24-10-1988—Suppl. Ordinario No 92)).

⁴¹ Article 355 Code de procédure civil.

⁴² See Holscher and Mahmood, *Borrowing From the Shariah: The Potential Uses of Procedural Islamic Law in the West*, in *From International Criminal Justice: Issues in a Global Perspective*, Delbert Rounds, 2000 at 82.

⁴³ See, e.g. *Case of Velásquez Rodríguez v Honduras*, Merits, IACHR Series C No 4, [1988] IACHR 1, (1989) 28 ILM 291, (1988) 9 HRLJ 212, IHRJ 1385 (IACHR 1988), 29 July 1988, para 134 (‘[t]he objective of international human rights law is not to punish those individuals who are guilty of violations, but rather to protect the victims and to provide for the reparation of damages resulting from the acts of the States responsible.’).

⁴⁴ Critiques of the notion of objective facts have been made by post-modernist schools of thought, such as critical legal studies; Viljoen supra n 7 at 51–53. While these critiques are useful to be aware of, the functioning of human rights bodies depends on certain matters being established as having occurred. Moreover, victims of serious violence, such as water-boarding or having fingernails removed, would consider those occurrences objective facts. In this light, it is important to ensure that there are accepted procedures and standards for establishing facts before bodies applying international human rights law.

⁴⁵ As Frank and Fairly observe in general to human rights fact-finding: ‘since the efficacy of fact-finding rests so largely on credibility, and credibility emanates primarily from manifest integrity of process, sound procedures are not merely desirable but a functional prerequisite’; Frank and Fairley, ‘Procedural Due Process in Human Rights Fact Finding by International Agencies’ (1980) *American Journal of International Law* 308–345, at 310.

⁴⁶ WGAD, Deliberation No 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law, in Report of the Working Group on Arbitrary Detention to the Human Rights Council, A/HRC/22/44 (2012) para 75; IACtHR, *Osorio Rivera and Family Members v Peru*, Judgment (Preliminary objections, merits, reparations, and costs), 26 November 2013, Series C, No 274, para 112; Human Rights Committee, General Comment 29, art. 4: Derogations during a State of Emergency, 31 August 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para 11. See also Schabas, ‘Identifying the Norms of the Customary International Law of Human Rights’, *The Customary International Law of Human Rights* (2021) at 66.

⁴⁷ ECtHR, *Peraldi v France* (decision), no 2096/05, 7 April 2009 (describing the Working Group as a body whose proceedings were adversarial and whose decisions were reasoned, notified to the parties and published in an appendix to its report. In addition, its recommendations made it possible to determine State liability in cases where arbitrary detention was found,

Nations Special Procedures.⁴⁸ Whereas the Working Group carries out various functions, its judicial facet is considered particularly important for its legitimacy and it ‘attaches great importance to the adversarial character of its procedure.’⁴⁹

Factual issues have always been essential to the Working Group’s consideration of cases of alleged human rights violations. Its guiding Fact Sheet notes that ‘whether the person is deprived of liberty is a question of fact: if the person in question is unable to leave at will, the safeguards which are in place to guard against arbitrary detention must be observed.’⁵⁰ However, recent years have seen methodological questions regarding burdens and standards of proof come under increased scrutiny before the Working Group. Its adversarial procedures,⁵¹ sees the complainant submit its case and the Government able to respond to the alleged violations, and then the complainant able to add a further reply.⁵² Pivotal to the weighing of evidence is the Working Group’s *prima facie* approach,⁵³ which has developed and become entrenched since its establishment in 1991. This sequenced approach requires the claimant to demonstrate their case on a *prima facie* basis, before moving the onus to the Government to respond. The Government can meet this burden of proof by producing detailed and substantiated evidence in support of its claims.⁵⁴

The Working Group’s jurisprudence over its three decades of operations shows increasing precision and consistency on evidence and burdens, to the point where its current opinions have a uniform reiteration of its sequenced approach. The Working Group first authoritatively set this out in its 2011 Annual Report.⁵⁵ Prior to that, its opinions exhibited a variety of expressions, sometimes suggesting an overarching burden on the source,⁵⁶ sometimes placing it on the Government,⁵⁷ and sometimes there was no mention of the burden at all.⁵⁸ Its application of the approach to evidence also varied, sometimes making ‘reasonable’ assumptions due to

and even to put an end to the impugned situations. Its opinions were also subject to a monitoring procedure for the purpose of ensuring that the recommendations contained in them were implemented).

⁴⁸ Although the Working Group was established by resolution of the United Nations Commission on Human Rights rather than a treaty, this has no direct bearing on the approach to evidence. Both the Working Group and the Human Rights Committees are quasi-judicial bodies with partially overlapping mandates as so should aspire to consistent approaches.

⁴⁹ WGAD *Revised Fact Sheet*, supra n 12 at 7. See also Viljoen supra n 7 at 77.

⁵⁰ WGAD *Revised Fact Sheet*, supra n 12 at 4.

⁵¹ See Genser and Winterkorn-Meikle supra n 7 at 107.

⁵² The adversarial process was adopted from the very first formulation of the Working Group’s methods of work, on the basis that it would ‘assist in obtaining the cooperation of the State concerned by the case considered’ (Human Rights Council, Methods of work of the Working Group on Arbitrary Detention (2017) A/HRC/36/38); F/CN.4/1992/20, 4. There have been exceptional cases in which the source raised new information in its further reply that required the Working Group asking the State concerned for further comments to have a full understanding of the matters in dispute between the parties before issuing an opinion. See e.g. opinions No 32/2016, No 14/2017, and No 40/2017.

⁵³ A *prima facie* case has been described as evidence ‘which, unexplained or uncontradicted is sufficient to maintain the proposition affirmed’ Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (1996) at 326–328. For the application of this standard in the context of international adjudication, see the decisions of the USA–Mexico General Claims Commission in *Lillie S. Kling (USA v United Mexican States)*, 8 October 1930, 4 UNRIAA, 585 and the *Parker case (USA v Mexico)*, 31 March 1926, 4 UNRIAA. See also Caroline Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (2011), 229–234.

⁵⁴ See, e.g. opinion No 41/2013, which notes that the source of a communication and the Government do not always have equal access to the evidence, and frequently the Government alone has the most relevant information.

⁵⁵ WGAD, supra n 18 para 68 citing *Ahimadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)*, ICJ (24 May 2007) ICJ Reports 2007, p 582. The 2011 statement concerning the *prima facie* approach somewhat conflates the *prima facie* approach and evidentiary burdens and reversing of the burden of proof, necessitating the clarifications that have been made through opinions since then, as discussed in this article.

⁵⁶ Decision 7/1992 (opposed) (‘[w]ith regard to the use of a statement obtained under torture, there is no evidence to justify a finding by the Working Group that this allegation has been proved’).

⁵⁷ Decision 1/1992 (unopposed) (‘[t]here is no material on record to lead the Working Group to draw an inference that the expression of their opinions endangered in any way national security or public order’).

⁵⁸ It frequently pointed to the lack of a response from the Government before reaching its factual determination, without explaining the impact on its assessment of the source’s claims; see Decisions 1/1992, 2/1992, 3/1992, 4/1992.

the Government silence on an issue,⁵⁹ and sometimes requiring ‘clear reasons’ to find a fact.⁶⁰ Whereas the Working Group had referred to the *prima facie* notion previously,⁶¹ its adoption of this formulation in its 2011 report marked a clear shift towards formalizing this approach.

Since 2011, the Working Group reiterated and clarified its approach many times.⁶² It provided several explanations over the following decade,⁶³ indicating that a claim is sufficiently ‘consistent’ or ‘detailed’ in the following circumstances: the source provides corroboration;⁶⁴ the co-claimants provide accounts which match in virtually all material aspects;⁶⁵ the source supports its claims with information from external actors, such as news reports and/or findings by other international human rights bodies;⁶⁶ and where the Working Group’s own prior determinations in similar situations support the source’s claims.⁶⁷

From 2019, the Working Groups has adhered to an essentially uniform description of its sequenced approach, stating:⁶⁸

In determining whether the detainee’s detention was arbitrary, the Working Group has regard to the principles established in its jurisprudence to deal with evidentiary issues. If the source has established a *prima facie* case for breach of international requirements constituting arbitrary detention, the burden of proof should be understood to rest upon the Government if it wishes to refute the allegations.⁶⁹

The way in which the Government⁷⁰ can refute the allegations will depend on the specific issues in question. But an advisable guideline that has emerged from the jurisprudence is that the Government should provide a ‘detailed and substantiated’ response.⁷¹ The Working Group

⁵⁹ Opinion 17/2008 (opposed); 21/2008 (opposed) (taking ‘reasonable’ assumptions due to the Government silence on an issue).

⁶⁰ Opinion 22/2010 (opposed) (stating ‘the Working Group has not been provided with clear reasons to question the allegation of the source’).

⁶¹ Opinion No 29/2010, para 25.

⁶² See, e.g. Opinions No 21/2011, para 31; No 41/2013, 52/2014, 28/2016, 67/2017, 79/2017, 55/2018, 56/2019, 68/2020, and 68/2021. The WG has done so in one of three ways: (1) in a standalone paragraph or section of its discussion; (2) in a sentence embedded in a paragraph about the lack of government response to recall how the Working Group deals with evidentiary issues; (3) in a footnote referencing previous relevant opinions.

⁶³ For the following points, see generally American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law (2021), *The Legal Methods and Jurisprudence of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention (2015–2018): An Introduction for Practitioners*, 14–15.

⁶⁴ See e.g. Opinions No 61/2016 paras 50 and 53. See also Opinion No 68/2020, paras 72–73.

⁶⁵ See e.g. Opinions No 7/2016 para 47 and 81/2017 para 23.

⁶⁶ See, e.g. Opinions No 15/2018 para 29, 22/2017 para 74, 20/2017 paras 33 and 40, 44/2016 paras 25–27.

⁶⁷ See, e.g. Opinions No 19/2018 para 27, 26/2017 para 50, 44/2016 para 25, 11/2016 para 27 and 10/2016 para 41.

⁶⁸ See, e.g. Opinions No 54/2019, para 146; 56/2019, para 73; 21/2021, para 60; 83/2021, para 60; 78/2022, para 77; 65/2022, para 89; 82/2022, para 32; 47/2022, para 42; 48/2021, para 48 (all referring to WGAD supra n 20, para 68).

⁶⁹ See, e.g. Opinions No 65/2022, para 89; 82/2022, para 32; 47/2022, para 42; 48/2021, para 48 (all referring to WGAD supra n 18, para 68).

⁷⁰ The Working Group can also consider individual cases based on submissions of Governments and intergovernmental and non-governmental organizations as well as by national institutions for the promotion and protection of human rights at its own initiative, under paragraphs 12 and 13 of its Methods of Work supra n 52 (see also Commission on Human Rights Resolution 1993/36, para 4); though it rarely does so. This would be unlikely to affect the *prima facie* approach set out herein, as the Working Group would likely only take up a case if it had information *prima facie* indicating arbitrariness no matter where it came from. Communications from governments in this respect would likely be the State of nationality of a citizen detained overseas rather than the government with custody of the individual. The State of nationality would thus not be in the same position as the State of custody for the purposes of establishing the expected burden and standard of evidence.

⁷¹ See Opinions No 16/2016 (Nicaragua), para 21 (finding ‘that the Government did not provide detailed information regarding the time, place and manner in which the claimant was deprived of his liberty, nor did it prove that, at the time of his arrest, the police officers showed an arrest warrant and informed him of the reasons for his arrest’); 58/2018 (Morocco), para 47 (stating ‘[t]he Government simply denies the ill-treatment, adding that the judge did not note any signs of ill-treatment and that the accused did not report any such acts, a claim that is contested in the additional comments from the source. The Government does not mention the confessions. The Working Group recalls that a formal objection without supporting evidence is not convincing, especially as it is up to the State to prove that no abuse took place’). See further Opinion No 68/2012 (Morocco), para 26(c) (‘The Government has provided specific and detailed information in response

has oft-repeated that ‘mere assertions by the Government that lawful procedures have been followed are not sufficient to rebut the source’s allegations.’⁷² Beyond that core sequence, the Working Group has clarified the contours and parameters of the *prima facie* approach through its jurisprudence, as set out forthwith.

4. THE WORKING GROUP’S CONTRIBUTION TO CLARIFYING THE LEXICON AND TAXONOMY OF BURDENS AND STANDARDS OF EVIDENCE

Although quasi-judicial human rights bodies must operate within their respective mandates, the resolutions and annexed instruments governing their operations do not typically set out specific procedural terminology and methodology.⁷³ However, lexicon and taxonomy are important ways to enhance operational consistency between quasi-judicial human rights bodies. In this respect, insights can be drawn from the Working Group’s language and approach to evidence.

A. Burden vs Standard of Proof

First, whereas the *standard* of proof is the ‘degree of conviction that must be considered verified in order to consider a fact proven at a given procedural moment’,⁷⁴ the *burden* of proof is the rule determining which party has the obligation to provide evidence to prove its claims or disprove the other side’s claims. In general, the overall burden of proof has been placed on claimants, both in human rights cases as well as under civil law more broadly.⁷⁵

The Working Group’s *prima facie* sequenced approach could be seen as merging the standard with the burden of proof.⁷⁶ The term *prima facie* can constitute a quantitative threshold, which is akin to a standard.⁷⁷ However, the *prima facie* approach, as used, is a means of distributing the burden, and is not identical to a standard of evidence. Indeed, if the Government responds to the source’s *prima facie* case (and if the source provides a reply, known as ‘further comments’),⁷⁸ then the Working Group must assess those two parties’ accounts against each other and cannot simply apply a *prima facie* standard to resolve the impasse.

It is striking that the Working Group does not uniformly describe the standard it applies when assessing the ultimate outcome of a case. A more explicit and uniform articulation of its standard would enhance the accessibility and defensibility of the Working Group’s reasoning

to all these allegations indicating that it fully adhered to international law on the subject. The source has not challenged that information or denied that Mr. Kaddar was represented by lawyers during both the investigation and trial stages of the proceedings. The source has not established or claimed that Mr. Kaddar’s lawyers were unable to exercise their rights.’); 34/2012 (Uzbekistan), para 21 (‘The Working Group observes that the Government has rebutted allegations, providing specific and detailed information on the case.’). This guideline is neutral as to the form in which the Government should refute the allegations, whether that be by a detailed narrative or documents or otherwise. See further Opinion No 78/2018, para 87 (referring to the government’s failure to provide ‘any concrete evidence [that the detainee] had ever been a member of any terrorist organization’).

⁷² WGAD supra n 18 para 68. A former member of the Working Group has conveyed that, in her experience, ‘late responses, blanket denials of the allegations, and assertions without supporting information or evidence that the State has acted in accordance with its domestic laws and procedures and met its international human rights obligations, often fail to respond meaningfully to the source’s claims’; Toomey supra n 7 at 232.

⁷³ See infra Section 6 concerning the frameworks of several quasi-judicial human rights bodies.

⁷⁴ See Bovino supra n 4 at 65–66.

⁷⁵ See Roberts supra n 7 at 1689–1690.

⁷⁶ The Working Group’s jurisprudence does not elaborate on the distinction between the standard and burden of proof in any consistent manner. This highlights the significance of the present study.

⁷⁷ On occasion, the Working Group appears to refer to *prima facie* as the standard being applied and not just an aspect of its sequenced approach to evidence; see, e.g. Opinion No 78/2018, para 84 (‘the Working Group finds that the source has established a *prima facie* violation of Mr. Yaman’s right to a fair hearing’).

⁷⁸ A source is not obliged to provide a reply to a government’s response; Methods of Work, supra n 52, para 15. However, they typically do so and the Working Group refers to all materials which have been received in a timely manner in its opinions before engaging in the analysis thereof.

and determinations.⁷⁹ Some other human rights bodies which adjudicate claims appear to apply a balance of probabilities standard, considering the totality of the circumstances.⁸⁰ Because it has partially overlapping jurisdiction with those bodies, and to avoid disparate outcomes on similar cases, and potentially forum shopping, the Working Group would benefit from procedural alignment with its sibling United Nations institutions, and the balance of probabilities standard would serve this purpose, as discussed below.⁸¹

B. Overall vs Evidentiary Burden

Second, there is often confusion between overall burdens and evidentiary burdens. The overall burden requires the claimant in a judicial process to establish its case (*onus probandi incumbit actori*).⁸² Conversely, an evidentiary burden concerns a specific point in the litigation, such as providing materials that a victim could not reasonably be expected to access. In *Purna Maya v Nepal* the Human Rights Committee avoided putting an evidentiary burden on the victim to submit documentation, as 'requiring victims of arbitrary and illegal detention to provide records thereof would amount to a *probatio diabolica* [devil's proof].'⁸³

The Working Group has explained that, if the source had established a *prima facie* case for a violation, the Government could refute the allegations 'by producing documentary evidence',⁸⁴ rationalizing that:

the source of a communication and the Government did not always have equal access to the evidence and that it was often the Government alone that had the relevant information. In that case, the Working Group also noted that where it was alleged that a person had not been afforded certain procedural guarantees to which he or she was entitled, the burden to prove the *negative* fact asserted by the applicant was on the public authority, because the latter was generally able to demonstrate, by producing documentary evidence, that it had followed the appropriate procedures and applied the guarantees required by law.⁸⁵

Technically, this is not a reversal of the overall burden of proving the case, but instead is an evidentiary burden relating to a specific 'negative fact' put in issue by the source's *prima facie* case.⁸⁶

⁷⁹ See *infra* at Section 6 (on standard of proof, recommending a balance of probabilities or equivalent standard). See also United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, *Commissions of Inquiry and Fact-Finding Missions on International Human Rights and Humanitarian Law: Guidance and Practice* (2015) at 15 (calling on human rights fact-finding bodies to make the standards they apply explicit); Wilkinson, *Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions*, Académie du Droit International Humanitaire et des Droits Humains à Genève (undated).

⁸⁰ Note that a general examination of the views of the Human Rights Committee has led commentators to conclude that its standard of proof is akin to a balance of probabilities test; see, e.g. Mc Goldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1994) 150. It also applies presumptions in some respects.

⁸¹ See also *infra* Section 5 for discussion regarding whether the Working Group's flexible standard enhances the utility of its opinions. Genser and Winterkorn-Meikle, *supra* n 7, argue that the Working Group's opinions are non-binding and that this, in conjunction with the Working Group's flexible standards, enhances their utility (by inference the argument could be made that if the opinions were binding more exacting standards would have to be imposed on the complainants). However, the burden and standard applied is independent of whether or not a human rights body's decisions are strictly binding.

⁸² See Kazazi, *supra* n 53 at 369. See also Forster, 'Getting to the Heart of the Burden of Proof', *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (2011) at 185, referring to the principle as 'actori incumbit probatio'.

⁸³ HRC, *Purna Maya v Nepal* UN Doc CCPR/C/119/D/2245/2013 (2017) para 12.7.

⁸⁴ Opinion 75/2017, para 34 citing Opinion No 41/2013.

⁸⁵ Opinion 75/2017, para 34 citing Opinion No 41/2013. See also Mazzinghy *supra* n 7 at 85.

⁸⁶ To clarify the terminology, a moving party has the overall burden of proof, but either party may bear an evidentiary on a specific issue irrespective of the overall burden. Separately, there is the issue of sequence, in which it falls to the moving party to first provide a *prima facie* case, upon which the onus shifts to the responding party to provide information disputing that *prima facie* case. Finally, there is a legal burden, which falls on a detaining power irrespective of any litigation.

Many other human rights judicial institutions apply a similar type of evidentiary burden.⁸⁷ Even if a party fails to meet an evidentiary burden, it may be successful in discharging its overall burden,⁸⁸ as the court will still look at the evidence that has been provided in order to determine whether the party bearing the overall burden has discharged it to the necessary standard of proof.⁸⁹ This is an important conceptual distinction, which the Working Group and other quasi-judicial human rights bodies should articulate more explicitly in order to guide parties and the broader public.

C. The Shifting Onus

An additional term to clarify the lexicon and taxonomy of human rights bodies is 'onus'. The onus refers to the responsibility on the respondent (the Government typically) to refute the *prima facie* case presented by the claimant. Whereas an overall burden stays with the claimant,⁹⁰ the onus falls on the Government to refute any *prima facie* case that is established. Although the Working Group does not specifically use the term 'onus',⁹¹ adopting the term 'onus' could lead to greater consistency,⁹² as it would prevent confusion arising from the term 'burden' being applied to multiple parties at the various stages of proceedings.

D. The Legal Burden

Separate from the overall burden that falls on a claimant who commences the litigation, there is the legal burden which falls on a Government to justify a person's detention. The Working Group has clarified that 'the burden of establishing the legal basis and the reasonableness, necessity and proportionality' of detention lies with the authorities responsible for the detention in every instance, including before a domestic court.⁹³ This is reflected in Basic Principle 13, whereby authorities must prove the 'direct and immediate connection between the exercise of the right [to detain] and the threat [posed by the accused person]'.⁹⁴ Consequently, even if the detention is in conformity with national legislation, regulations and practices, the Working Group is entitled and obliged to assess the circumstances of the detention and the law itself to determine whether such detention is also consistent with the relevant provisions of international human rights law.⁹⁵

⁸⁷ See Roberts *supra* n 7 at 1694–1695 referring to *inter alia* *Escher et al v Brazil* (IACtHR) para 127; *Shikhmuradov v Turkmenistan*, Communication No 2069/2011, HRC (2015), para 6.2; *D.H. and others v The Czech Republic*, Application No 57325/00, ECtHR (2007), para 179.

⁸⁸ Kazazi *supra* n 53 at 338 ('it is not accurate to say that establishing *prima facie* evidence shifts the burden of proof, since it would mean that the duty of the claimant to discharge the burden of proof would be fulfilled by a mere showing of a *prima facie* case, and that from that stage it would be the duty of the respondent to disprove the claimant's allegation. The burden which is in fact shifted from the proponent of the burden of proof to the opposing party is the burden of evidence, and it is an abuse of the term "burden of proof" to use it in place of the "burden of evidence." The burden of proof stays with the proponent until such time as the claim is proved.'). This also arises in criminal proceedings in relation to alibis, provocation, and other special defences in criminal proceedings; see, e.g. Shane Darcy, 'Defences to International Crimes' in Schabas and Bernaz (eds.), *Handbook of International Criminal Law* (2011) at 231–245.

⁸⁹ By way of analogy, in a criminal case, an accused may have an evidentiary burden to prove a defence such as alibi or insanity, but even if they fail to satisfy that burden, they may still be successful in the case if the prosecution fails to prove a key element of the offence.

⁹⁰ Contra, see Roberts *supra* n 7 at 10 (arguing that '[t]he obligation to present a *prima facie* case, and the burden of proof relative to the case as a whole, are two different matters.').

⁹¹ See the current standard formulation set out in, e.g. 65/2022, para 89 and other cases, listed above.

⁹² That this is the term preferred and employed in the remainder of the present analysis.

⁹³ WGAD 'Report of the Working Group on Arbitrary Detention: United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings to the Court' UN Doc A/HRC/30/37 (United Nations Basic Principles), Annex, para 21.

⁹⁴ United Nations Basic Principles, Principle 13; Mazzinghy *supra* n 7 at 85–86.

⁹⁵ See Opinions No 1/1998, para 13; No 82/2018, para 25; No 36/2019, para 33; No 42/2019, para 43; No 51/2019, para 53; No 56/2019, para 74; No 76/2019, para 36; No 6/2020, para 36; No 13/2020, para 39; No 14/2020, para 45; and No 32/2020, para 29.

The legal burden differs conceptually from the overall burden that a plaintiff bears to prove its case. Indeed, the obligation for a government to demonstrate a justified basis for detention exists irrespective of whether any litigation is underway. In this light, the legal burden exists both within and without the litigation context.

As a corollary of this legal burden, the Government may create further obligations for itself. For example, if the Government claims that delays in a case were due to the complexity of proceedings, it must prove the existence and extent of that complexity.⁹⁶ On a related note, the legal obligation on the government to justify the detention appears to increase with the length of the detention.⁹⁷

5. INSIGHTS FROM APPLYING THE WORKING GROUP'S *PRIMA FACIE* APPROACH IN PRACTICE

The Working Group's approach to evidence is now largely settled in its broad contours.⁹⁸ However, whereas that sequenced approach it relatively settled, the way in which each side can satisfy its obligations is more flexible and case-specific. There is no detailed regulation regarding the types of materials or information the source⁹⁹ and Government can submit.¹⁰⁰ The Working Group requests that complainants should fill in the model questionnaire form, which is available on its website.¹⁰¹ That asks for biographical data, the details of the arrest and any procedures and remedies provided, and asks why one or more of the five categories has been violated. It notes that '[c]opies of documents that prove the arbitrary nature of the arrest or detention, or help to understand the specific circumstances of the case, as well as any other relevant information, may also be attached to this questionnaire'. However, the Working Group has a 20-page limit on submissions, including annexes.¹⁰² This reflects the fact that the Working Group seeks to determine as many cases as possible while still giving them sufficiently individualised treatment, as well as the fact it is not addressing criminal cases and does not have a penal mandate.¹⁰³ Aside from these more formalistic aspects of the submissions, there are no specific requirements regarding the types of materials that can be submitted, and the Working Group can take account of materials other than those submitted by the parties, such as reports of other special procedures and United Nations treaty bodies.¹⁰⁴

Accordingly, sources have wide discretion regarding the materials they submit. Some parties provide detailed narratives of the relevant events and procedural steps. Others have a general overview and then specific documents attached. The documents may consist of official court records, medical reports, or witness statements, as well as photos, diagrams, and even videos. Unlike courts, there is no test for the admissibility of these materials.¹⁰⁵ This flexible ambit is a

⁹⁶ Opinion No 48/2005, para 22 ('[t]he burden of proof for justifying that a case was particularly complex rests with the Government.') (*italic added*).

⁹⁷ See e.g. Opinion No 70/2019, para 66.

⁹⁸ WGAD, supra n 18 para 68.

⁹⁹ In terms of who may submit a complaint, the Working Group receives them from the individuals concerned, their families, their representatives or non-governmental organizations for the protection of human rights, from Governments and inter-governmental organizations.

¹⁰⁰ The Working Group does have a standard submission form that sources are encouraged to use.

¹⁰¹ Available at: www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-arbitrary-detention/complaints-and-urgent-appeals [last accessed 23 November 2023].

¹⁰² WGAD, Methods of Work, supra n 52, para 11.

¹⁰³ See *Velásquez Rodríguez v Honduras*, Case No 7920, IACtHR(1988), para 135; *Godínez Cruz v Honduras*, Case No 8097, IACtHR (20 January 1989), para 140; *Mathew v The Netherlands*, Case No 24919/03, ECtHR (15 February 2006), para 156; cited in Roberts supra n 7 at 1682 ('human rights claims are not criminal claims, and that a criminal approach to evidential issues is inappropriate—a respondent state is in no way a criminal defendant').

¹⁰⁴ Viljoen supra n 7 at 77.

necessary reflection of the Working Group's wide mandate,¹⁰⁶ but also emerges from its human rights etiology, in which sources are frequently not legally trained and may lack access to official records and means to take witness statements. Based on the submitted material, the Working Group takes a wholistic approach, addressing it in its entirety to reach its views. At the same time, the Working Group typically lists the evidence it relies on when examining an allegation and highlights key facts that it relies on when determining that an account is credible, which contributes to its credibility and transparency, in line with the judicial facet of its mandate.¹⁰⁷

Opinion No 68/2020 (Mr. Walid El Batal against Morocco) illustrates the Working Group's assessment of evidence within its *prima facie* approach. The source submitted a video of El Batal's arrest showing he was assaulted alongside allegations of torture by police forces.¹⁰⁸ In the absence of any information that could confirm the veracity of the Government's denials that torture occurred, the Working Group considered that the source had made credible allegations and that the Government had not produced any evidence to the contrary, such as the findings of medical experts regarding the injuries suffered by Mr El Batal.¹⁰⁹ The Working Group also noted the Government's statement that prosecutions for violence had been initiated against several police officers as evidence that Mr El Batal's allegations of police violence were not unfounded.¹¹⁰ Furthermore, the Working Group did not attribute substantial weight to the Government's mere denials that Mr El Batal was detained on a discriminatory basis. Rather, it referred to a widespread practice of discrimination against Saharan individuals to determine that his role as a journalist and human rights defender for the self-determination of the people of Western Sahara were the real causes of his detention, making it arbitrary.¹¹¹

The El Batal case is an example of assessing specific pieces of evidence against the backdrop of a broader pattern of discrimination and mistreatment. The various quasi-judicial human rights bodies discussed herein are often confronted by similar paradigms.¹¹² The Working Group's approach, assessing case-specific evidence, while also taking into account the wider context to undermine mere assertions that the source was fabricating the account, reflects both its judicial and human rights ontologies. It provides a defensible model for other quasi-judicial human rights bodies with dual-faceted mandates when addressing similar scenarios.

An issue that arises on occasion is that of tacit acceptance. In cases when the Government does not challenge the *prima facie* credible allegations made by the author, the Working Group often insists that all conclusions are made in the absence of a government response throughout its opinions.¹¹³ On at least one occasion, the Working Group has procedurally interpreted this silence as tacit agreement with the statement of facts provided in the application.¹¹⁴ Additionally, in cases where governments provided late responses, the Working Group generally does not accept them in the same way as duly filed responses (in accordance with its Methods of Work) but still may use any substantial evidence in them to assess claimants' allegations and

¹⁰⁵ In this respect, the Working Group is similar to the ECtHR, which has held that 'In the proceedings before the Court, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence'; *El-Masri v the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, para 151. Cf. Rome Statute of the ICC, Article 69.

¹⁰⁶ See Genser and Winterkorn-Meikle, *supra* n 7 at 107.

¹⁰⁷ See American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law (2021), *The Legal Methods and Jurisprudence of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention (2015–2018): An Introduction for Practitioners*, 15.

¹⁰⁸ Opinion No 68/2020, paras 5 and 64.

¹⁰⁹ Opinion No 68/2020, paras 64 and 77.

¹¹⁰ Opinion No 68/2020, para 80.

¹¹¹ Opinion No 68/2020, paras 72 and 86–89.

¹¹² See discussion of the approaches taken by other quasi-judicial human rights bodies *infra* at Section 6.

¹¹³ See e.g. Opinions No 41/2013, 67/2017, 88/2017, 27/2022.

¹¹⁴ See e.g. Opinion No 2/2015, para 15.

render its opinions, if it deems it appropriate to do so.¹¹⁵ This reflects the importance it places on its adversarial procedure.¹¹⁶

Another issue that often arises relates to requests to assess the sufficiency of the evidence at the detainees' trial. In this respect, the Working Group has repeatedly noted that:

'these are areas which fall outside the Working Group's remit. It is not for the Working Group to evaluate the facts and evidence in a particular case or to substitute itself for domestic appellate tribunals.'¹¹⁷

As an international body adjudicating human rights claims, the Working Group is not equipped to review entire dossiers of evidence submitted in domestic proceedings. At the same time, it recalls that it must assess domestic procedures to determine if they adhere to international human rights standards.¹¹⁸ This is a fine nuance, which can pose difficult challenges, particularly when it comes to due process considerations that do not explicitly match those protected under international law but are closely connected, such as the power of certain branches of government to involve themselves in criminal proceedings.¹¹⁹

In terms of its assessments of evidence, the Working Group's cases that were dismissed without finding a violation can be instructive. They include cases where the Working Group found insufficient evidence from the source,¹²⁰ including 'no tangible evidence',¹²¹ contradictions in the evidence provided by the source,¹²² incompatible evidence supplied by the source vis-a-vis substantive evidence supplied by the government,¹²³ the source failing to contradict statements provided by the Government,¹²⁴ and evidence from both the source and the Government simply not demonstrating a failure by the government to observe international norms.¹²⁵

In its findings, the Working Group has indicated that the specificity of the Government's response is an important factor. Where the Government has enumerated and substantiated the legal and factual bases for the detention, this has led to a rejection of the source's claims.¹²⁶ In this respect, for example, in *Khaled Kaddar v Morocco*, the Working Group noted the specific nature of the Government's responses which contrasted with the source's vague allegations. It deemed the Government's response sufficient as it covered both the particular reasons for arrest, detailed the proceedings at trial, and provided a list of the protections afforded to the detainee at every stage of detention.¹²⁷

Whereas international criminal law has embraced the formal doctrine of *in dubio pro reo* (whereby any doubt must go to the benefit of the defendant),¹²⁸ the Working Group has not

¹¹⁵ See e.g. Opinion No 27/2022, paras 43–44 (noting the additional information received by Oman and ultimately considering there to be insufficient information to find Oman to have violated the individual's rights). See also Opinions No 79/2017, 4/2021.

¹¹⁶ WGAD supra n 12.

¹¹⁷ WGAD supra n 12 at 6. See also 27/2019 (review), para 83. Similarly, the African Court on Human and People's Rights held in *Robert John Pennessi v Tanzania*, Application 13/2015 (merits and reparation) 28 November 2019 (Pennessi), at para 32 that it does not act as a review court of domestic findings but added that this does not prevent it from reviewing proceedings in national courts for 'consonance' with obligations under the African Charter and related instruments.

¹¹⁸ WGAD supra n 12 at 6. See also 27/2019 (review), para 83.

¹¹⁹ See, e.g. Djema'a el Seyed Suleymane *Ramadhan v Egypt* (Opinion No 18/2008); *Paul Rusesabagina v Rwanda* Opinion No 81/2021.

¹²⁰ See e.g. Opinions No 20/2004, 40/2017, and 14/2022, para 85.

¹²¹ Opinion No 19/2021.

¹²² Opinion No 28/2007, para 24.

¹²³ See Opinions No 39/2006, 44/2006 and 38/2021.

¹²⁴ Opinion No 28/2007, para 25.

¹²⁵ See e.g. Opinions No 12/2007, 73/2017 and 17/2018.

¹²⁶ See, e.g. Opinion No 31/1999; Genser supra n 7 (2020) at 444.

¹²⁷ Opinion No 68/2012, paras 12–26 cited in *ibid* at 443.

¹²⁸ See, e.g. Rome Statute, Article 22(2).

adopted that principle. For example, the Working Group addressed a complainant's argument that the date on a judgment indicated that the matter was pre-decided, as the date preceded the date of the hearing of the matter. It stated that it could not 'rule out the possibility' that the date was a mere error.¹²⁹ Conversely, in a criminal case, it would be for the prosecution (equivalent to the State) to address a significant date discrepancy (potentially showing that the judges had pre-determined an issue) and convince the court that it was a mere error rather than anything more untoward.¹³⁰

On the other hand, where there is insufficient information, the Working Group typically states that it is 'not in a position' to determine a disputed allegation, particularly when it concerns adherence to domestic procedural law.¹³¹ The Working Group has also on occasion emphasised that its findings are specific to the facts of each case and that it does not rule out the possibility that similar conditions may be arbitrary in different circumstances.¹³²

Although the Working Group will not find a violation if there is no credible basis to do so, it is important that it does not compound the disadvantages that victims (and their representatives) often face in accessing evidence of the mistreatment and violations committed against them.¹³³ Arrest and charge sheets, medical records, and documentation regarding complaints about unlawful detention will sometimes not be reasonably accessible to the victim. In some cases, these materials will be intentionally denied or destroyed, or never even created, precisely because of the arbitrary nature of the detention. In this light, the Working Group must not lose sight of its human rights ontology, and must insist on the evidentiary and legal burdens, as discussed above, falling on the Government upon the showing of a *prima facie* case by the source.

The Working Group engages in independent fact-checking under its regular communications procedure. Though it has stated that its role is not to substitute for a domestic fact-finder, it does consider various reputable sources in its evaluation of factual narratives by parties.¹³⁴ Beyond referencing its jurisprudence and findings from country visits, the Working Group appears to increasingly reference third-party information. It may reference reports by other UN bodies engaging on the same or similar cases or other credible sources about relevant developments on a specific case.¹³⁵ Equally, it may reference authoritative sources evidencing historic discrimination and emerging patterns of human rights violations involving arbitrary deprivation of liberty.¹³⁶ This has the potential to contribute to the Working Group's efforts to better coordinate within the UN system. It is not inherently inconsistent with its flexible disposition in applying the *prima facie* approach, based on assessing the 'totality of the circumstances', but must be exercised with due regard to the adversarial nature of its procedures.¹³⁷

6. BUILDING THE IMPETUS TOWARDS CONSISTENCY AMONG QUASI-JUDICIAL HUMAN RIGHTS MECHANISMS

Given their similar dual-faceted ontologies, straddling the judicial and human rights domains, the Working Group's approach should broadly align with the practice of other United Nations quasi-judicial bodies.¹³⁸ Although these bodies have different substantive concentrations, they

¹²⁹ See Opinion No 27/2019 (review), para 90.

¹³⁰ See, e.g. Rome Statute of the International Criminal Court, Article 66(3).

¹³¹ See Opinions No 27/2019 (review), para 92, 95; No 40/2017, para 54.

¹³² See e.g. Opinion No 32/2016 on the arbitrariness of preventive detention.

¹³³ See *supra* in relation to the Government's access to documents and details of procedures applied to detainees.

¹³⁴ Genser *supra* n 7 at Part III.

¹³⁵ See, e.g. Opinions No 67/2017, 88/2017, 68/2020.

¹³⁶ See, e.g. Opinions No 28/2016, 69/2017, 88/2017, 28/2018 and 56/2019.

¹³⁷ See, e.g. Opinion No 54/2015, para 98.

¹³⁸ On the establishment and nature of these bodies, see Rodley *supra* n 10 at 5. On the similarly adversarial nature of the Working Group and treaty bodies' procedures, see Viljoen *supra* n 7 at 81–84.

all favour adversarial procedures and must all determine facts before they can apply the law.¹³⁹ Having a reliable approach to determining facts is important irrespective of which convention or other body of law is being applied. There is no apparent reason for these bodies to apply different approaches and standards to determining facts.¹⁴⁰ Ensuring broadly consistent approaches to fact-finding will help to discourage forum shopping by the parties, whereby they select human rights institutions to seize of their cases based on different perceptions of the burdens and standards applied. It will also limit attempts to discredit human rights institutions by pointing to inconsistent standards being applied and potentially inconsistent outcomes reached in similar cases.¹⁴¹

Shifting towards a consistent approach to fact-finding in quasi-judicial human rights bodies would allow a complementarity and coherence of human rights reasoning across United Nations bodies. As the Working Group itself has stated: '[it] makes reference to its own jurisprudence and to that of other United Nations human rights bodies [. . .] [f]or instance, the communications, general comments and reports of the Human Rights Committee and the Committee against Torture are sources of authority on the interpretation of their respective treaties and on available remedies.'¹⁴² This approach 'reflects a wider practice of cross-fertilization between judicial and quasi-judicial bodies at the national, regional and international level.'¹⁴³ Encouraging this shift towards greater consistency is important for the predictability and legitimacy of the application of international human rights law.

As an overarching observation, all of the bodies surveyed have adopted a flexible approach to evidence, even if not all have made clear statements as to when and in what circumstances the onus would shift to the Government. They also appear largely *ad idem* that there is typically an inequality of arms in cases involving individuals alleging human rights violations, which justifies shifting the onus to Governments once the complainants have made a *prima facie* case. However, other than the Working Group, many of these bodies do not explicitly set out their approach to evidence. Consistency and defensibility of the quasi-judicial human rights bodies practice would be augmented by replicating the Working Group's approach of routinely and explicitly stating its approach to burdens of evidence. For those bodies which have a formalised admissibility procedure, that step would *mutatis mutandis* equate with the Working Group's application of the initial *prima facie* threshold test. In several of these bodies a *prima facie* threshold is effectively incorporated into the admissibility stage of proceedings but not explicitly stated. As a result, there is considerable variation across institutions in this respect, leading to opacity and potentially disparate outcomes for similar cases.

At the regional human rights bodies, the burdens and approaches to evidence diverge markedly. Before the IACtHR, the claimant, which is the Inter-American Commission on Human Rights, bears the burden of proving its case.¹⁴⁴ However, the IACtHR has not determined a specific standard of proof that is required, other than referring to an absence of formalism and the fact it assess evidence 'as a whole and rationally'.¹⁴⁵ At the ECtHR, the

¹³⁹ See Viljoen *supra* n 7 at 81–84.

¹⁴⁰ See *supra* on the post-modernist critique of the notion of objective facts.

¹⁴¹ See Connors and Shah, at 412.

¹⁴² WGAD, *supra* n 18 para 66.

¹⁴³ WGAD, *supra* n 18, para 66. The ECtHR has a mix of statements regarding the burden and standard, which range from saying it is on the claimant to prove beyond reasonable doubt to it being on both parties with no clear standard. This makes it difficult to assess for comparative purposes, other than to say that the ECtHR would benefit from systemisation; see Roberts *supra* n 7 at 9.

¹⁴⁴ I/A Court HR, *Godínez Cruz Case*. Judgment of January 20, 1989, para 129.

¹⁴⁵ I/A Court HR, *Case of the Mayagna (Sumo) Awasi Tingni Community v. Nicaragua*. Judgment of August 31, 2001, para 89–90; Bovino *supra* n 4 at 65–66.

distribution of the burden varies according to the context of the case.¹⁴⁶ Whilst it has claimed that its standard is beyond reasonable doubt, its practice varies and does not adhere to this standard in a consistent manner.¹⁴⁷ Indeed, the European Court has at times articulated a standard close to that of the Working Group, particularly in the context of discrimination.¹⁴⁸

At the African Court on Human and People's Rights, the burden generally falls on a party asserting a fact.¹⁴⁹ This sequenced approach effectively matches that of the Working Group, whereby the applicant seeking to establish a fact must demonstrate a *prima facie* case and then the onus shifting to the Government to dispel this.¹⁵⁰ Also matching the Working Group, the African Court has acknowledged an exception whether the means of to verify the allegation are 'likely to be controlled by the State', in which case the burden is shared.¹⁵¹ The African Commission has taken the position that the respondent State should prove matters such as the nationality of an applicant where it is contested.¹⁵² On standards, the African Court appears to apply a preponderance of evidence but has also required 'convincing' evidence.¹⁵³

Among the United Nations treaty-based quasi-judicial bodies and other similar panels,¹⁵⁴ the Human Rights Committee (HRC) has a broad approach in its founding documents. According to Optional Protocol 1 of the ICCPR, communications should be considered 'in the light of all written information made available to it by the individual and by the State Party concerned.'¹⁵⁵ The HRC has repeatedly stated that the burden of proof cannot rest on the source alone, especially considering that the source and the implicated Government(s) might not have equal access to the relevant information and that, in general, Governments that adhere to the rule of law should be able to document their actions.¹⁵⁶ Some commentators and respondent governments have criticised this approach and the HRC in particular for not always applying the shift of the burden of proof consistently and rendering a so-called 'default decision.'¹⁵⁷ For instance, the respondent State in *Bleier Lewenhoff v Uruguay* contested the rash conclusion and accused the HRC of ignorance of the legal rules regarding the presumption of innocence. The HRC replied that it had strictly adhered to the principle of *audiatur et altera pars* and had given

¹⁴⁶ See, e.g. *Nachova and Others v Bulgaria* [GC] (Aat Nos.43577/98 and 43,579/98), para 147; O'Boyle, 'Proof: European Court of Human Rights (ECtHR)' (2018) *The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, para 27.

¹⁴⁷ *Adali v Turkey*—38,187/97, 31 March 2005, para 216 ('for the Court, the required evidentiary standard of proof for the purposes of the Convention is that of 'beyond reasonable doubt'); *Ireland v the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A No 25, at 65, para 161) (however, the Court describes this as being satisfied by a 'coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact', para 161. See also Bicknell, 'Uncertain Certainty?: Making Sense of the European Court of Human Rights' Standard of Proof' (2019) 8 *International Human Rights Law Review* 155.

¹⁴⁸ European Court of Human Rights, *D.H. and others v Czech Republic* (Application No 57325/00), judgment of 13 November 2007, para 189 (noting that once the applicant establishes 'a rebuttable presumption that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden then shifts to the respondent State, which must show that the difference in treatment is not discriminatory').

¹⁴⁹ *Robert John Penessis v Tanzania*, Application 13/2015 (merits and reparation) 28 November 2019 (Penessis), para 91; *Kennedy Owino Onyachi v United Republic of Tanzania*, (merits), para 142.

¹⁵⁰ *Penessis* supra n 149 at para 96.

¹⁵¹ *Kennedy Owino Onyachi v United Republic of Tanzania*, (merits), para 143; *Penessis* supra n 149 at para 93.

¹⁵² *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of the Nubian Community in Kenya) v Kenya*, Communication, 31, para 151; *Amnesty International v Zambia*, Communication 212/98, para 41.

¹⁵³ See, e.g. *Anudo Ochieng Anudo v United Republic of Tanzania*, Application No 012/2015, African Court on Human and Peoples' Rights (2018) paras 80 and 88.

¹⁵⁴ Note that there is also reference to a Committee on the Rights of Migrant Workers in the corresponding convention but that is not addressed in this article.

¹⁵⁵ Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 5.

¹⁵⁶ *Shikhmuradov v Turkmenistan*, Comm. No 2069/2011, HRC (2015) para 6.2. See also *Bleier v Uruguay*, Aat No 30/1978, HRC (1982) para 13.3; *Telitsina v Russian Federation*, Comm. No 888/1999, HRC (2004) paras 7.5–7.6; *Medjnoune v Algeria*, Comm. No 1297/2004, HRC (2006) para 8.3; *El Hassy v Libyan Arab Jamahiriya*, Comm. No 1422/2005, HRC (2007) para 6.7; *Il Khwilyd v Libya*, Comm. No 1804/2008, HRC (2012) para 7.2; *Al Khazmi v Libya*, Comm. No 1832/2008, HRC (2013) para 8.2; *Mufteh Younis Muftah Al-Rabassi v Libya*, Comm. No 1860/2009, HRC (2014) para 7.2.

¹⁵⁷ Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (School of Human Rights Research Series 51, 2012) 219.

the State ample opportunity to furnish information and refute the evidence presented by the authors.¹⁵⁸ In other words, when the allegations presented in a communication are uncontested or are refuted by general statements, the HRC gives 'due weight' to these allegations on the merits 'to the extent that they have been substantiated'.¹⁵⁹

The Committee on Economic, Social, and Cultural Rights (CmESCR) appears to apply a 'reasonableness' standard of review, supporting a shift of the burden of proof to the State once a *prima facie* violation has been established.¹⁶⁰ In doing so, the CmESCR recognises that the State may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the ICESCR and requires them simply to show that they have taken 'some reasonable action'.¹⁶¹ Furthermore, if a State argues it lacks the resources necessary to fulfil a Covenant right, the CmESCR has established that the State must prove such lack of resources and demonstrate that every effort has been made to use all the resources at its disposal to satisfy, as a matter of priority, minimum obligations associated with the right in question.¹⁶² The State must also establish that it has sought international assistance and cooperation and that, having done so, has still been unable to obtain the resources required.¹⁶³ With regard to the exhaustion of domestic remedies, the CmESCR applies the equivalent of a shifting burden of proof.¹⁶⁴ Once a claimant presents a credible claim that domestic remedies have been exhausted or an exception to the requirement applies, if the State wishes to contest admissibility on grounds of non-exhaustion, it should demonstrate that an unexhausted remedy would be available in practice, as well as adequate and effective in the particular circumstances of the case. If the States advances such proof, the burden shifts back to the claimant to show that the remedies identified by the State were exhausted or an exception to the rule applies. This allocation of the burden of proof is similar to the HRC's approach and reflects awareness that the State enjoys significant advantages over the claimant in connection with access to evidence relevant to the exhaustion requirement. The same burden of proof seems to apply for requests for interim measures: 'the information provided by the [source] must enable the Committee to determine *prima facie* that there is a risk of irreparable damage and that the communication is admissible'.¹⁶⁵

The Committee against Torture has clarified that 'the burden of proof is upon the author of the communication, who must present an arguable case'.¹⁶⁶ It also applies a reversal of the burden of proof, stating 'when complainants are in a position where they cannot elaborate on their case, the burden of proof is reversed and the State party concerned must investigate

¹⁵⁸ *Bleier Lewenhoff v Uruguay*, Comm. 30/1978, HRC (1982), para 13.1.

¹⁵⁹ HRC, Annual report 2009, para 138, available at: www.refworld.org/docid/4cb3fcaa2.html [last accessed 19 March 2023].

¹⁶⁰ Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2008) Article 8(4); see also ICJ Commentary on the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, at 80–84; Griffey, 'The "Reasonableness" Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 2, June 2011, Pages 275–327.

¹⁶¹ Working Group, Report of the first session, 15 March 2004, E/CN.4/2004/44 at para 29.

¹⁶² See e.g. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CmESCR), *Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili v Spain*, Communication No 5/2015, UN Doc. E/C.12/61/D/5/2015 (2017). For commentary on the Committee's handling of burdens of proof in that case, see Warwick, 'Unwinding Retrogression: Examining the Practice of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights' (2019) 18 *Human Rights Law Review*, at 467–490.

¹⁶³ See e.g. CmESCR, General Comment No 12: The Right to Adequate Food (Art. 11) (1999) para 17.

¹⁶⁴ See ESCR-Net, Claiming ESCR at the United Nations: A Manual on Utilizing the OP-ICESCR in Strategic Litigation (2014) available at: www.escri-net.org/sites/default/files/ESCR-NET-OP-Manual-FINAL.pdf [last accessed 23 November 2023].

¹⁶⁵ Guidelines on Interim Measures, available at: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/Guidelines_on_Interim_Measures.docx [last accessed 23 November 2023].

¹⁶⁶ *X and Y v Switzerland* (CAT/C/75/D/1081/2011), para 7.3. See also Committee Against Torture, General Comment No 4 (2017) on the implementation of Article 3 of the Convention in the context of Article 22, para 38 citing *Sivagnanaratnam v Denmark* (CAT/C/51/D/429/2010), paras 10.5 and 10.6; *Mr. A.R. v Netherlands* (CAT/C/31/D/203/2002), para 7.3; *Arthur Kasombola Kalonzo v Canada* (CAT/C/48/D/343/2008), para 9.3; *X. v Denmark* (CAT/C/53/D/458/2011), para 9.3; *W.G.D. v Canada*, para 8.4; and *T.Z. v Switzerland* (CAT/C/62/D/688/2015), para 8.4.

the allegations and verify the information on which the complaint is based.¹⁶⁷ Whilst the Committee Against Torture gives ‘considerable weight’ to findings of fact made by organs of the State party concerned, it is not bound by such findings and needs to make its own assessment of the information available to it, in light of all of the circumstances relevant to each case.¹⁶⁸ Despite these clear statements, the Committee Against Torture does not uniformly include this recitation of its approach in its opinions, and sometimes adds additional explanation as to what an ‘arguable’ case consists of.¹⁶⁹ Consequently, whilst its ‘arguable basis’ approach broadly equates to the Working Group on Arbitrary Detention’s *prima facie* approach, its jurisprudence does not have the explicit consistency of the Working Group in this respect.

The Committee on the Rights of the Child (CmRC) has noted the unequal access to evidence faced by the parties, but less frequently addressed evidentiary matters in its case law.¹⁷⁰ In a case which the State Party challenged the admissibility of the claim, the CmRC stated that ‘the authors of all the communications have sufficiently substantiated their claims’¹⁷¹ and moved into the discussion on merits. During the consideration of merits, the CmRC states ‘as a general rule, it comes under the jurisdiction of national bodies to examine the facts and evidence and to interpret domestic law, unless such examination or interpretation is clearly arbitrary or amounts to a denial of justice’ and does not actively examine the evidence.

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) also has a broad approach, considering communications ‘in the light of all information made available to it by or on behalf of individuals or groups of individuals and by the State Party.’¹⁷² It should also be noted that Article 4 CEDAW-OP contains several admissibility criteria, the fulfilment of which represents a precondition for the consideration of a communication in substance. Some of these criteria render a communication inadmissible *prima facie* while others need to be decided upon by the Committee. For example, regarding the exhaustion of domestic remedies, the CEDAW stated that, if the State claims that the source failed to exhaust domestic remedies and refers to remedies that should have been exhausted by the source, the State has to discharge its burden of proof and to provide ‘explanation as to how domestic remedies would have been effective in securing the rights of the [source].’¹⁷³ Furthermore, the CEDAW has acknowledged that women may find it ‘difficult, if not impossible’ to obtain documentary evidence to support their claims,¹⁷⁴ but this does not amount to a consistently shifted burden of proof in practice. In fact, in a recent trafficking case, the Committee placed the burden of proof on the source and expected her to provide documents providing the existence of stereotypes in her case, departing from its own previous practice.¹⁷⁵ In the context of asylum claims, the Committee has also set a challenging threshold for proof of a ‘real, personal and foreseeable risk’ of violence and, so far, appears to have found all individual communications concerning asylum seekers

¹⁶⁷ See, e.g. *X and Y v Switzerland* (CAT/C/75/D/1081/2021), para 7.3.

¹⁶⁸ Committee Against Torture, supra n 166, para 20.

¹⁶⁹ See, e.g. *T.C. v Peru* (CAT/C/75/D/930/2019), para 7.1 (not including the reference to the author of the communication providing an arguable case); cf. *J.X.F.P v Australia* (C/75/D/770/2016), para 10.4 (explaining the arguable case as consisting of ‘substantiated arguments showing that the danger of being subjected to torture is foreseeable, present, personal and real’).

¹⁷⁰ See, e.g. *D.D. v Spain*, CRC (2019) CRC/C/80/D/4/2016, para 13.3.

¹⁷¹ WGAD, Opinions No 114/2020, No 116/2020, No 117/2020 and No 118/2020, para 9.5.

¹⁷² 1999 Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Opened for signature 6 October 1999, entry into force 22 December 2000) 2131 UNTS 83, Article 7.

¹⁷³ CEDAW, Views adopted by the Committee under Article 7 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No 91/2015 (2017) CEDAW/C/68/D/91/2015, para 6.5.

¹⁷⁴ CEDAW, Views adopted by the Committee under Article 7 (3) of the Optional Protocol, concerning communication No 77/2014 (2017) CEDAW/C/67/D/77/2014, para 7.5. The Committee referred to its General Recommendation No 33 on women’s access to justice (3 August 2015), where it calls on States to revise rules of burden of proof to ensure equality between the parties in all fields where power relations deprive women of fair treatment by the judiciary (para 15(g)).

¹⁷⁵ CEDAW, Views adopted by the Committee under Article 7 (3) of the Optional Protocol, concerning communication No 120/2017 (2021) CEDAW/C/8/D/120/2017, para 11.8.

inadmissible, mostly due to the lack of substantiation of their claim or the non-exhaustion of domestic remedies.¹⁷⁶

The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), which was ‘the first international treaty-monitoring body of its kind’,¹⁷⁷ reaches its views on the merits of cases ‘in light of all the information and evidence submitted to it by the parties, as required under article 14 (7) (a) of the Convention’.¹⁷⁸ However, its opinions contain no explicit paragraph or section setting out the approach it takes to burdens and/or standards of evidence. For the purposes of admissibility, it appears to apply a *prima facie* standard, though it does not expressly state this.¹⁷⁹ Other than this, it has noted that ‘it is not the Committee’s role to review the interpretation of facts and national law made by national authorities, unless the decisions were manifestly arbitrary or otherwise amounted to a denial of justice’,¹⁸⁰ but has not developed a settled approach to the distribution of burdens of proof or standards of evidence that it applies. Its recent jurisprudence indicate that it applies an ‘arguable case’ approach, whereby Article 6 provides protection to alleged victims if their claims are arguable under the Convention.¹⁸¹

The Committee on Enforced Disappearances (CED) makes its position about the burden of proof more explicit. After stating that ‘there is acquiescence within the meaning of Article 2 when there is a known pattern of disappearances of persons and the State has failed to take the necessary measures to prevent further disappearances, investigate and bring the perpetrators to justice’,¹⁸² the CED stated ‘[i]n such cases, the State has the burden of proving that there was no acquiescence on its part’.¹⁸³ The State also has to ‘demonstrate what concrete measures and actions it has taken to prevent, investigate and punish the crime, as well as the effectiveness of such measures in practice’.¹⁸⁴ However, in practice, the CED does not further elaborate on the distribution of the ‘burden of proof’ in its individual communications.¹⁸⁵

The Committee on the Rights of Persons with Disabilities seems to follow the path of the reversal of the burden of proof once the applicants have provided sufficient evidence to substantiate their case. It bases this conclusion on an almost purely procedural (as opposed to substantial) issue, citing similar jurisprudence by the ECtHR and other United Nations human rights bodies.¹⁸⁶ While it does not include a standardised expression on its evidentiary approach, the CRPD has demonstrated coherence in its approach when finding no violation of Convention rights.¹⁸⁷ Furthermore, the CRPD has repeatedly noted that States should dispense persons with disabilities from proving that a desired accommodation would not impose a disproportionate or undue burden.¹⁸⁸ The burden of proof with regards to reasonable accommodation, thus, rests with the duty bearer who claims that his or her burden would be

¹⁷⁶ See eg CEDAW, Communication No 39/2012 (2014) CEDAW/C/57/D/39/2012. See also similar conclusion in European Human Rights Advocacy Centre, A Guide to Using the UN CEDAW Committee and the Special Rapporteur on Violence Against Women in Cases of Gender-Based Violence (Updated December 2022), available at: <https://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2022/12/UN-CEDAW-and-SRVAW-guide-2022-ENG.pdf> [last accessed 23 November 2023].

¹⁷⁷ Keane and Waughray, ‘Introduction’, in Keane and Waughray (eds), *Fifty Years of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A living instrument* (2017), 1–31, 1.

¹⁷⁸ CERD/C/91/D/53/2013 *Benon Pjetri v Switzerland* (2016), para 7.1.

¹⁷⁹ See, e.g. Opinion adopted by the Committee under Article 14 of the Convention, regarding communication No 62/2018 (Jallow), para 6.3.

¹⁸⁰ CERD/C/91/D/53/2013 *Benon Pjetri v Switzerland* (5 December 2016), para 7.5.

¹⁸¹ *Zapescu v Moldova*; CERD/C/106/D/61/2017, para 8.10.

¹⁸² CED, Statement on ‘non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances’, CED/C/10, para 7.

¹⁸³ *Ibid*, para 8.

¹⁸⁴ *Ibid*, para 8.

¹⁸⁵ E.g., see Communication No 1/2013, 3/2019.

¹⁸⁶ See CRPD, *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No 60/2019* (2020) CRPD/C/23/D/60/2019, paras 7.5 and 7.8; *ZH v Sweden*, No 59/2019 (2021).

¹⁸⁷ See CRPD, *Marie-Louise Jungelin v Sweden*, No 5/2011 (2014), para 10.6.

¹⁸⁸ See CRPD, General comment No 6 (2018) on equality and non-discrimination, para 26(g).

disproportionate or undue. It should also be noted that the CRPD does not place a page limit for submissions. Rather, it states that ‘in addition to all the relevant information available at the time of submission, any information obtained at a later date, such as documents that demonstrate the exhaustion of domestic remedies or documents containing information relevant to the case’ should be submitted.¹⁸⁹

Based on the foregoing, the various United Nations and regional human rights bodies can be seen as broadly taking similarly flexible approaches to evidence. However, they employ considerable variation in their expressions of their approaches to evidence and burdens. This occurs sometimes even within those institutions’ specific jurisprudence. The need for flexibility and the desire to respect for each institution’s independence are important but must be weighed against the need to maintain robustness of the findings, and thereby the credibility of the human rights project globally.¹⁹⁰ There is no basis in the various conventions being applied by these bodies that justifies facts being determined in a materially different way from one body to another. Introducing more consistency will benefit the predictability and consistency of the handling of cases. As set out above, such consistency will benefit the cross-fertilization of these bodies’ jurisprudence and will avoid disparate outcomes being reached in similar cases simply due to having been heard by different bodies. Whilst rigorous fact-finding may lead to some cases being dismissed, there are other avenues available in instances where it is difficult to determine the factual matrix, such as allegation letters and other communications with governments and sources.

Arguments have been made that the Working Group’s unique character, as a non-treaty body, allows it to provide a ‘politically viable alternative to treaty-based human rights enforcement mechanisms.’¹⁹¹ However, bodies such as the Working Group and the Human Rights Committee often apply the same provisions of law and exercise comity in their interactions. The Working Group can cede a case to a body with an individual case function,¹⁹² such as the Human Rights Committee, and other human rights courts have recognised that they will cede cases to the Working Group if it has already considered the matter.¹⁹³ Primacy on a matter filed in multiple jurisdictions will essentially be determined by a temporal consideration of where it was first filed, rather than a substantive assessment of the status and standards of the bodies in question, indicating that the bodies are carrying out similar functions.¹⁹⁴ Consequently, it is important that these bodies apply broadly consistent burdens and standards of evidence, in order to avoid complainants engaging in forum shopping in an effort to benefit from the least exacting approach.

Despite some inconsistencies, these bodies all have procedures which allow for receiving the views of all parties before entering decisions. This adversarial procedure makes clear that there is recognition, within human rights legal practice, of the need for nuanced evidentiary approaches, which does not fall on the claimant alone. Placing the onus on the Government to refute any *prima facie* case demonstrated by the source is a means of reinforcing states’ obligations to ensure

¹⁸⁹ CRPD, Fact sheet on the procedure for submitting communications to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities under the Optional Protocol to the Convention (2012) CRPD/C/5/2/Rev.1, para 11.

¹⁹⁰ See Roberts *supra* n 7 at 1694–1695.

¹⁹¹ Genser and Winterkorn-Meikle, *supra* n 7 at 690, 704–706.

¹⁹² The Working Group is directed to cede a case to a treaty body with an individual case function, such as the Human Rights Committee, if the matter has already been referred that other body; *Methods of Work*, *supra* n 52, para 33.

¹⁹³ E.g., the European Court will consider a matter inadmissible if the Working Group has already issued an opinion on it through its individual case function; ECtHR: *Peraldi c France* (decision), no 2096/05, 7 April 2009. However, the Working Group has not taken such a strict approach to considering the same matter that has been heard before another international or regional human rights body (see e.g. Opinion No 31/2021, 89/2018).

¹⁹⁴ See ECtHR: *Peraldi c France* (decision), no 2096/05, 7 April 2009 (concluding that the procedure before the Working Group has many similarities to that before the United Nations Human Rights Committee, which, under the European Court of Human Rights’ settled case-law, represented a procedure of international investigation or settlement which can render a duplicated filing before the ECtHR inadmissible under Article 35 § 2 (b) of the Convention.).

rights protection and accountability, which respects the adversarial principle of *audi alteram partem* while also upholding the human rights origins of these mandates.¹⁹⁵

6. E. Adopting a Common Standard of Proof across Human Rights Bodies

As noted above, it is proposed herein that a balance of probabilities (also expressed as the ‘preponderance of evidence’) be considered as an appropriate standard for human rights bodies. The balance of probabilities has been explained by Lord Justice Toulson as meaning:

‘no less and no more than that the court must be satisfied on rational and objective grounds that the case for believing that the suggested means of causation occurred is stronger than the case for not so believing.’¹⁹⁶

The Working Group itself has referred to a ‘convincing evidence’ standard in some opinions,¹⁹⁷ which is effectively equivalent to the balance of probabilities (as a claim would hardly be ‘convincing’ if the grounds for not believing it were stronger than the grounds for believing it). Another formulation—‘reasonable to conclude’—also effectively aligns with this approach, as it would not be reasonable to believe a claim resting on weaker grounds than the case against it. Conversely, the term ‘sufficient evidence’ is more ambiguous. Whilst it could be interpreted in line with the balance of probabilities approach, it could also be interpreted as a lower threshold simply requiring that the grounds be credible on their face and not self-contradictory. In that sense, it is akin to the *prima facie* standard which the Working Group expresses as a preliminary threshold.¹⁹⁸

Given that the ultimate standard must naturally be higher than preliminary threshold, the *prima facie* threshold is inappropriate as the final standard for determining facts. Indeed, the Working Group has highlighted in its review proceedings that the *prima facie* standard is appropriate for determining the admissibility of a request but not for disposing of it.¹⁹⁹ However, the ultimate standard should not be as high as the criminal standard of beyond reasonable doubt. Complainants in human rights cases cannot be expected to conduct the types of investigations necessary to compile evidence meeting the criminal standard of proof.²⁰⁰ Between these nadir and apex evidentiary levels sits the more moderate balance of probabilities standard. As formulated herein, it is a standard which is achievable for complainants (particularly bearing in mind the evidentiary presumptions which can be incorporated where appropriate).²⁰¹ It is also defensible against criticisms of producing unreliable and unsubstantiated outcomes. And at the systemic level, entrenching this standard explicitly will provide a layer of insulation against claims of inconsistency, selectivity, opacity, and unconscious biases in human rights adjudicative fact-finding.²⁰²

¹⁹⁵ See similar conclusion in Roberts *supra* n 7.

¹⁹⁶ *Nulty & Ors v Milton Keynes Borough Council* [2013] EWCA Civ 15, cited approvingly by King LJ in *Re A* at [56], Toulson LJ.

¹⁹⁷ See Decision nos. 9/1992, para 6(h); 14/1992, para 6(h). See also Viljoen *supra* n 7 at 88.

¹⁹⁸ If a complainant presents a *prima facie* credible case to which the Government makes no effective response, the Working Group will typically consider that, in light of the lack of a response, the case meets the requisite standard to enter ultimate findings. However, if the Government does respond to the specific allegations, the Working Group will weigh the competing arguments and will not simply rely on the fact that a *prima facie* credible case was presented by the complainant.

¹⁹⁹ See Opinion No 27/2019, para 76 (‘[i]n the opinion of the Working Group, the decision that a request for review is admissible constitutes a *prima facie* conclusion based on the information provided by the party who submitted the request.’).

²⁰⁰ But see *supra* Section 6 for instances of ECtHR jurisprudence purporting to apply a beyond reasonable doubt standard.

²⁰¹ See *supra* Section 3.

²⁰² See Viljoen *supra* n 7 at 55–56 and 77–78 for examples of (somewhat misguided) accusations of ‘inaccuracies’ and ‘false facts’ levelled by governments against the Working Group. Note that different considerations may apply to mass claims commissions, which are not addressed here.

7. PROPOSALS TO IMPOSE COMPLETE REVERSALS OF THE BURDEN OF PROOF

There have been claims for reversal of the overall burden of proof in human rights cases. For example, it has been argued that the 'general burden' should be reversed when there is 'differential access to information'.²⁰³ This would build on the approach of the IACtHR in the seminal case of *Velásquez Rodríguez*, where it observed that '[b]ecause the Commission is accusing the Government of the disappearance of Manfredo Velásquez, it, in principle, should bear the burden of proving the facts underlying its petition'. However, it qualified this statement by observing that the 'Commission's argument relies upon the proposition that the policy of disappearances, supported or tolerated by the Government, is designed to conceal and destroy evidence of disappearances' and therefore '[w]hen the existence of such a policy or practice has been shown, the disappearance of a particular individual may be proved through circumstantial or indirect evidence or by logical inference' as '[o]therwise, it would be impossible to prove that an individual has been disappeared'.²⁰⁴

However, this wholesale reversal based on differential information appears unnecessary for the Working Group, in light of its evidentiary burden which falls on Governments when information is not reasonably available to claimants. Moreover, as a policy consideration, it may attract a large number of completely unmeritorious claims being filed, which would use up Government resources better dedicated to assisting the observance of human rights protections than addressing unsubstantiated claims. Additionally, it is not clear how a wholesale reversal would be achieved in practice and whether the claimant would have to establish that they lack access to information or could simply presume that the burden fell on the Government.²⁰⁵ Conversely, the Working Group's *prima facie* approach has the benefit of simplicity, in that the claimant need only present the case insofar as they are able, and then, as long as it is *prima facie* credible, it will fall on the Government to dispel it.²⁰⁶

Another selective shifting of the burden is represented by the claim that it should be reversed where there is a 'systemic pattern of violations'.²⁰⁷ Again, this begs the question of how the claimant will demonstrate such systemic practices. For example, it has been suggested that this could be shown by three cumulative factors (the violation, the pattern, and the violation falling within the pattern), on the balance of probabilities. However, that places a heavy burden on the claimant, and may encourage them to do the kind of information gathering into other cases which could attract reprisals against them. In this light, this proposed 'reversal' appears to place an even greater burden on claimants than that currently in place. At minimum, the determination of which claimants qualify as sufficiently vulnerable would require an evidentiary process in and of itself. The Working Group's *prima facie* approach obviates this problem, by simply requiring the claimant to present the case as best they can with the information available. Moreover, the Working Group itself may look to materials indicating broader patterns, such as from other special mandate holders.²⁰⁸

Additionally, it is unclear what these selective reversals would mean for other circumstances, such as in relation to persons with disabilities, or who are economically disadvantaged, or simply

²⁰³ Roberts *supra* n 7 at 24.

²⁰⁴ *Case of Velásquez Rodríguez v Honduras*, Merits, IACHR Series C No 4, [1988] IACHR 1, (1989) 28 ILM 291, (1988) 9 HRLJ 212, IHRL 1385 (IACHR 1988), 29th July 1988, para 123–124.

²⁰⁵ See, e.g. Roberts *supra* n 7 at 1706–1707.

²⁰⁶ Conversely, if the Government were to raise a new issue in its response, an evidentiary burden would not naturally arise therefrom for the source, as the source would not typically have access to the same range and depth of information as the Government. Nonetheless, if it is a fact that a source would reasonably know and it remained silent without explaining why it did not respond, that may affect the weight given to the respective submissions.

²⁰⁷ Roberts *supra* n 7 at 1712–1713.

²⁰⁸ See *supra* Section 5.

from areas with less access to high level education. Allowing certain categories of persons to benefit from having no overall burden while denying the same special treatment to others risks creating discrimination, which itself is a violation of human rights law.

More broadly, there have been claims that the entire burden of proof in the context of human rights claims should be 'reversed' by placing the burden of proof on the Government against whom an allegation of human rights violation is made.²⁰⁹ This would simply place the burden on the Government in its totality.²¹⁰ However, this rebuttable presumption approach would risk swamping human rights bodies, and Governments, with frivolous claims, as it would remove even the modest requirement of the source providing a *prima facie* case.²¹¹ The Working Group, in particular, has to be attentive to risks of flooding, due to its open admissibility regime and lack of the requirement to exhaust domestic remedies.²¹² At the ontological level, the wholesale shifting of the entire burden onto the Government would effectively see these human rights bodies presumptively finding violations to have occurred any time the Government failed to respond, even if there were no evidentiary basis indicating a violation (which is different from a finding of a violation when there is a *prima facie* case presented but no Government response). This would take quasi-judicial human rights bodies a long way from the judicial facet of their binary nature.

It has been argued that placing a burden on claimants violates the dicta from the Inter-American Court, which held that 'a national level law which placed the burden of proof on victims, relative to claims of enforced disappearance, constituted a rights violation as such.'²¹³ However, there is no right that prohibits requiring a claimant to demonstrate a *prima facie* case before human rights bodies. All the human rights bodies surveyed impose some form of burden or threshold on the claimant for the registration, admissibility, or consideration of a case. Eschewing any such requirement would open the floodgates to these bodies being swamped by entirely unsubstantiated claims, to the detriment of the many victims of arbitrary detention and related crimes.

8. CONCLUSIONS

The evidentiary approaches taken by quasi-judicial human rights bodies are critical to the outcome of cases that come before them. However, the preceding analysis shows they employ a multitude of procedures, taxonomies, and even lexicons. Although they differ in substantive *ratione materiae* and some have formal admissibility procedures, they all share a dual-faceted ontology. Reconciling these two facets requires respect for their underlying human rights purpose alongside their adjudicative functioning and procedures. In this respect, they have a common interest in ensuring transparent and fair evidentiary approaches.

Harmonizing quasi-judicial human rights bodies' approaches to evidence will reverberate through their substantive decisions. It will enhance the certainty of human rights law, encourage Governments to engage with these processes, and remove an incentive for forum shopping between entities. Shifting towards the adoption of similar approaches to evidence and standards of proof, as advocated for in this article, will provide a basis for even greater consistency, predictability, and overarching coherence of the international human rights architecture. It may

²⁰⁹ Roberts supra n 7 referring to di Sarsina, 'The Content of the Obligation to Investigate and Prosecute International Human Rights Law Violations', in *Transitional Justice and a State's Response to Mass Atrocity* (2019).

²¹⁰ A full reversal of the burden would mean that the burden was not on the claimant, but instead on the respondent (the government) *ab initio*. That would differ significantly from the *prima facie* approach set out herein.

²¹¹ See Roberts supra n 7 at 10 referring to 'benefit of preventing the far greater number of unmeritorious claims that would succeed if the burden were reversed' and avoiding the judicial system interfering in people's lives.

²¹² See supra Section 3.

²¹³ See *Gomez-Palomino v Peru*, Case. No 11,062, IACtHR, Merits, reparations and costs (22 November 2005), paras 106–8.

also serve as a stepping stone towards broader institutional reforms, such as the establishment of a United Nations Court of Human Rights.²¹⁴

In providing salutary guidance, the Working Group provides a fertile source to study because, first, it addresses large volume of cases and, second, it is not restricted to States that have signed up to treaties. Surveying the iterative development of the Working Group's jurisprudence, it can be seen that the *prima facie* approach has emerged over the three decades of its jurisprudence and has eventually become a consistent feature in its jurisprudence. This approach charts a midway between its human rights etiological roots and its quasi-judicial processing of individual claims. The Working Group's sequenced approach has considerable utility for other human rights institutions with judicial or quasi-judicial functions. It allows claimants the flexibility to establish their cases with the means available to them, while at the same time avoiding a completely open gate which would risk flooding the group with unsubstantiated allegations.

Nonetheless, the organic emergence of the *prima facie* approach has resulted in lexiconic and taxonomical variation. These divergences would benefit from standardisation, for example through a specific policy document such as its Methods of Work. Whereas alternatives to the *prima facie* approach, such as a selective reversal of the burden of proof or where there are systematic violations, have been touted,²¹⁵ these alternatives risk introducing further uncertainty for parties to proceedings. Their application remains unclear, and appear to require claimants to establish a lack of access to information, or systemic violations. In this way, they may result in higher burdens for claimants. The proposed complete shift of the burden to the Government in all instances would constitute a radical departure from the judicial facet of these bodies' origins and could see them flooded with unsubstantiated claims.

Concerning the standard of proof applied by quasi-judicial human rights bodies, there is considerable opacity and variation. Based on the analysis herein, it is proposed that a balance of probabilities (or equivalent) standard is appropriate. Those bodies which have formal admissibility procedures could explicitly adopt a *prima facie* threshold at that stage and then progress to the balance of probabilities standard for their ultimate determinations whilst bearing in mind specific evidentiary burdens where appropriate. Explicitly referencing this standard in decisions will enhance the consistency, reliability, and transparency of the factual determinations by quasi-judicial human rights bodies. Ultimately, it may increase the implementation of their decisions, for the benefit of victims of human rights violations.

The extensive examination of the Working Group's approach to evidence alongside the comparison with other quasi-judicial human rights bodies highlights the commonality of their underlying goal to improve adherence to human rights and the importance of reliable fact-finding in this pursuit. Whereas the Working Group provides a robust procedural example via the sequenced approach, it also continues to seek the best means of balancing its human rights and quasi-adjudicative facets. Through this iterative cross-fertilisation of practices, these bodies can respect their binary etiological roots, by identifying human rights violations that occur with neither fear nor favour, while also ensuring that they do so on robust evidentiary foundations.

²¹⁴ See Viljoen *supra* n 7 at 96–97.

²¹⁵ See discussion of Roberts' proposals *supra* in Section 7.

Het verzoenen van de tweeledige mandaten van Quasi-juridische mensenrechtenorganen: de Werkgroep voor willekeurige detentie *Prima facie* -benadering van bewijs

Matthew Gillett^{*}, Yutaka Karukaya^{**} en Mia Marzotto^{***}

ABSTRACT

Dit artikel richt zich op bewijsbenaderingen en onderzoekt de bewijslast en bewijsnormen die worden toegepast door quasi-gerechtelijke internationale mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties. Deze organen hebben een tweeledig mandaat, dat juridische en mensenrechtentradities en -verplichtingen combineert. Ze verschillen echter in hun benadering van bewijsvoering. Dit artikel betoogt dat de *prima facie*-benadering die in de loop van 30 jaar jurisprudentie van de Werkgroep Arbitraire Detentie is ontwikkeld, een passend flexibele en conceptueel coherente manier biedt om zowel mensenrechten- als juridische mandaten te accommoderen. Niettemin vereist deze aanpak een verscherping van de lexicon- en taxonomische aspecten en een verduidelijking van de bewijsstandaard. Door de benaderingen van andere quasi-rechterlijke instanties te vergelijken, versterkt dit artikel de impuls voor interinstitutionele consistentie. Het bespreekt voorstellen zoals een volledige omkering van de bewijslast naar overheden. Het benadrukt de nadelen van dit eenzijdige type bewijslast en de risico's dat het verdere onzekerheid voor procespartijen met zich meebrengt, lastige problemen voor eisers kan veroorzaken en de mensenrechteninstellingen mogelijk kan overspoelen met ongefundeerde claims.

TREFWOORDEN: bewijs, bewijslast, bewijsstandaard, feitenonderzoek, Mensenrechtenraad, Werkgroep voor willekeurige detentie

^{*} Hoofddocent (universitair hoofddocent) Universiteit van Essex, VK; houder van het speciale mandaat van de Verenigde Naties (vicevoorzitter (communicatie) van de werkgroep inzake willekeurige detentie), e-mail: matthew.gillett@essex.ac.uk Advocaat voor vluchtelingen-

^{**} en immigratierechten; voormalig lid van de afdeling voor de behandeling van gevallen van willekeurige detentie van de Universiteit van Essex, VK, e-mail: karukaya.law@gmail.com / yk22952@essex.ac.uk Medewerker

^{***} voor de belangenbehartiging van de mensenrechten; voormalig lid van de afdeling voor de behandeling van gevallen van willekeurige detentie van de Universiteit van Essex, VK, e-mail: miamarzotto@gmail.com / mm22392@essex.ac.uk

1. INLEIDING1

...het behandelen van gelijke gevallen op dezelfde manier en ongelijke gevallen op verschillende manieren is een algemeen axioma van de rationele gedrag.²

Net zoals bewijsprocedures de slagaders van de rechterlijke macht zijn, zijn de regels die de bewijslast beheersen, en bewijsnormen zijn essentieel voor het functioneren van quasi-juridische mensenrechteninstellingen.³ Deze regels bepalen welke materialen in aanmerking worden genomen, wie deze moet aanleveren en op welke basis ze beoordeeld zullen worden. Ze zorgen ook voor consistente benaderingen van feitenonderzoek. In Door dit te doen, hebben ze direct invloed op de uitkomsten van zaken en, in bredere zin, op de reputatie van de mensenrechtenorganisaties zelf.⁴

Terwijl de bewijslasten en -normen in regionale mensenrechtenorganen (met name het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (IACtHR) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn het onderwerp geweest van aanzienlijke wetenschappelijke analyses,⁵ hun benaderingen blijven op meerdere punten onduidelijk en onderwerp van discussie.⁶ Met betrekking tot de quasi-juridische mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties is er zelfs nog meer behoefte aan verduidelijking en systematisering. Er is echter weinig wetenschappelijke aandacht besteed aan dit onderwerp.

In de weinige werken over dit onderwerp zijn de bewijsvoeringsbenaderingen die de quasi-juridische mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties hanteren, bekritiseerd als zowel ondoorzichtig als gebrek aan consistentie.

Gedownload van <https://academic.oup.com/hrl/article/24/1/ngaa045/7587612> door gast op 14 juni 2025

¹ De hierin opgenomen standpunten zijn die van de auteurs, die in persoonlijke hoedanigheid zijn geschreven, en weerspiegelen niet noodzakelijkerwijs die van de Werkgroep van de Verenigde Naties inzake willekeurige detentie of een andere entiteit. De standpunten worden gegeven zonder afbreuk te doen aan de De juistheid van elke bewering met betrekking tot een specifiek incident, situatie, instrument of geval. De auteurs danken professor Carla Ferstman voor haar inzichtelijke opmerkingen.

² Geheime Raad van het Verenigd Koninkrijk per Lord Hoffman, *Matadeen v Pointu*, [1999] 1 AC 98, [1998] UKPC 9, [1998] 3 WLR 18, paragraaf 8 (Privy Council van Mauritius). Zie ook rechter Rault in *Police v Rose* [1976] MR 79, op 81 ('[e]gelijkheid voor de wet vereist dat personen op gelijke wijze worden behandeld, tenzij er een geldige reden is om hen verschillend te behandelen').

³ Zie de infra bij Sectie 2 voor de definitie van quasi-juridische mensenrechtenorganen.

⁴ Zie bijvoorbeeld Bovino, 'La Actividad Probatoria Ante La Corte Interamericana De Derechos Humanos' (2005) 3 *Surveilla internacional de derechos humanos* 2, op 61-jarige leeftijd.

⁵ Zie bijvoorbeeld Paul, 'An Overview of the Inter-American Court's Evaluation of Evidence', in Haack, Ruiz-Chiriboga en Herrera (red.) *Het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens: Theorie en Praktijk, Heden en Toekomst*, (2015); Thienel, 'De Last en Bewijsstandaard bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens' (2007) 50 *Duits Jaarboek van internationaal recht* 543; Macki c., *Bewijs van discriminerend geweld bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens* (2018).

⁶ Zie infra bij secties 2 en 6.

Tot nu toe heeft het onderzoek naar de Werkgroep zich grotendeels gericht op de materiële jurisprudentie en de procedures ervan, dan de benadering van bewijslasten en bewijsnormen; zie bijvoorbeeld Genser, *The UN Working Group on Arbitrary Detention: Commentaar en gids voor de praktijk* (2020) op 444 (waarin slechts een korte bespreking van de benadering van bewijsmateriaal in deel 2 wordt gegeven) III); Mazzinghi, 'Alstublieft, bevrijd mij! Het recht om een onwettige detentie aan te vechten: een onderzoek naar de praktijk van de Werkgroep van de Verenigde Naties inzake willekeurige detentie' (2020) 5 *Perth International Law Journal* op 84–85 (met details de materiële jurisprudentie en het kader van de Werkgroep, waarbij ook kort wordt ingegaan op de bewijslast; Toomey, 'Detentie op discriminerende gronden: een analyse van de jurisprudentie van de werkgroep van de Verenigde Naties over willekeurige detentie' (2018) 50 *Columbia Human Rights Law Review* 185 (waarin de aanpak van de werkgroep voor willekeurige detentie wordt onderzocht) discriminatoire detentie, en verwijst daarbij terloops naar de benadering van de bewijslast en het bewijsmateriaal); Weissbrodt en Mitchell, 'De werkgroep van de Verenigde Naties inzake willekeurige detentie: procedures en samenvatting van Jurisprudentie' (2016) 38 *Human Rights Quarterly* 655 op 667–668 (met een korte beschrijving van de werkzaamheden van de Werkgroep) proces van het ontvangen van informatie van de bron en de overheid, zonder commentaar te geven op de bewijslast of de bewijsstandaard in elk detail); Genser en Winterkorn-Meikle, 'The Intersection of Politics and International Law: The United Nations Werkgroep voor willekeurige detentie in theorie en praktijk' (2008) 39 *Columbia Human Rights Law Review* 687 (het verkennen van de flexibele institutionele parameters van de Werkgroep zonder specifiek te focussen op haar aanpak van de lasten van bewijs en bewijsvoering). Bijna twintig jaar geleden onderzocht Frans Viljoen in zijn boek de feitenonderzoeksprocedure van de Werkgroep bespreking van klachtenorganen van de Verenigde Naties. Zijn beoordeling richtte zich echter niet uitgebreid op de Werkgroep. detail en terwijl hij grootschalige institutionele voorstellen deed, zoals de oprichting van een algemeen klachtenorgaan voor de mensenrechten als opstapje naar een Mensenrechtenhof van de Verenigde Naties, en ook voor grote aanpassingen zoals de invoering van mondelinge hoorzittingen, heeft geen model voorgesteld voor bewijslasten en bewijsnormen op operationeel niveau (in tegenstelling tot het huidige artikel dat doet specifieke voorstellen); Viljoen, 'Feitenonderzoek door VN-klachtenorganen voor de mensenrechten - Analyse en suggesties Reforms' (2004) 8 *Max Planck Jaarboek van het Recht van de Verenigde Naties*. Over de lasten in de Verdragsorganen van de Verenigde Naties, zie Roberts, 'Omkeren van de bewijslast voor mensenrechtenorganisaties' (2021) 25 (10) *The International Journal of Human Rights* 1699.

inter- en intra-institutioneel.⁸ Een expliciete uitleg is nodig om de ondoorzichtigheid te verhelpen, in lijn met met de mantra van rechter Brandeis dat 'zonlicht het beste desinfectiemiddel is'.⁹ Om deze inconsistentie te verhelpen, is het nodig om gemeenschappelijke benaderingen en normen te identificeren. Om vooruitgang te boeken op beide gebieden, in dit artikel wordt getracht effectieve modellen en praktijken voor de arbitrage te onderscheiden. van bewijsmateriaal waar quasi-juridische mensenrechtenorganen zich op kunnen richten.

De volgende analyse biedt een unieke, diepgaande beoordeling van de aanpak van de Verenigde Staten. Werkgroep van de Verenigde Naties inzake willekeurige detentie ('Werkgroep' of 'WGAD'). Omdat vanwege de grote hoeveelheid zaken en de uitgebreide jurisprudentie is het een vruchtbaar onderwerp voor onderzoek en vergelijking met andere quasi-juridische mensenrechtenorganen.¹⁰ Hoewel de Werkgroep opereert volgens het mandaat van de Raad voor de Mensenrechten¹¹ en heeft een unieke reikwijdte manoeuvre als het enige niet op een verdrag gebaseerde mechanisme waarvan het mandaat uitdrukkelijk voorziet in de de behandeling van individuele klachten over willekeurige detentie,¹² en de enige speciale procedure om in specifieke gevallen quasi-juridische conclusies te trekken.¹³ Het kan met elke VN-lidstaat in contact treden ongeacht welke verdragen die staat al dan niet heeft geratificeerd.¹⁴ Bovendien is het niet vereist dat de uitputting van de nationale rechtsmiddelen van de klager.¹⁵ Het is geen verrassing dat de Working De groep ontvangt een groot aantal individuele klachten uit alle delen van de wereld. Sinds de oprichting in 1991 tot eind 2022 heeft het meer dan 1600 beslissingen (opinions genoemd) gegenereerd een resultaat van een tegenspraakprocedure,¹⁶ die zich houdt aan het beginsel van *hoor en wederhoor*.¹⁷ Zijn de uitkomsten zijn transparant: in 2011 lanceerde de Werkgroep een database om de toegang te vergemakkelijken van slachtoffers, staten en het maatschappelijk middenveld tot zijn meningen en ander materiaal.¹⁸ Sindsdien is er Er is een gestage toename geweest in het aantal individuele klachten dat bij de Werkgroep is ingediend, waar ook een overeenkomstige stijging in de output van zijn meningen (die nu rond de 80 liggen) is waargenomen tot 90 per jaar, een stijging ten opzichte van 60 tot 70 per jaar rond 2011).¹⁹

17 Zijn

Op normatief niveau is er het gedetailleerde beeld van hoe een quasi-rechterlijk mensenrechtenorgaan verzoend zijn dubbele mandaten²⁰ biedt een referentiepunt om punten van kritiek te identificeren complementariteit en dissonantie met andere quasi-juridische mensenrechtenorganen. Bemoeidigend

⁸ Zie bijvoorbeeld de kritiek op het Comité voor de Rechten van de Mens dat de verschuiving van de bewijslast niet altijd consequent toepast en het geven van een zogenaamde 'standaardbeslissing': Vermeulen, *Gedwongen verdwijning: het bepalen van de verantwoordelijkheid van de staat onder de Internationaal Verdrag ter bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning* (2012) op blz. 219.

⁹ Brandeis, *Other People's Money* (1914), op 92.

¹⁰ Over de relatie tussen de speciale procedures van de Verenigde Naties en de verdragsorganen van de Verenigde Naties, zie Rodley, 'United Nations Human Rights Treaty Organs and special procedures of the Commission for Human Rights – Complementarity or "Concurrence"?' in Ando (red.) *Op weg naar de implementatie van universele mensenrechten: Festschrift voor de vijftienvingstige verjaardag van de Mensenrechtencommissie* (2004). Merk op dat de Werkgroep haar beslissingen 'opinions' noemt, zoals besproken in paragraaf 33.

¹¹ Zoals hierin wordt opgemerkt, werd de Werkgroep opgericht bij resolutie 1991/42 van de Commissie voor de Rechten van de Mens. (E/CN.4/RES/1991/42) en meest recent vernieuwd in resolutie 51/8 van de Raad voor de Mensenrechten van 2002.

¹² WGAD, *herziene factsheet nr. 26* (2019) op 4; beschikbaar op: www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Detention/FactSheet26.pdf [laatst geraadpleegd op 23 november 2023].

¹³ Rodley supra n 10 op 14. De Werkgroep Gedwongen en Onvrijwillige Verdwijningen behandelt individuele klachten maar komt niet tot bevindingen; Viljoen supra n 7 op 61–62.

¹⁴ WGAD supra n 12 op 4.

¹⁵ Hoewel de term 'klager' in dit artikel door elkaar wordt gebruikt met 'bron', zijn de meningen van de Working Groep gebruikt alleen de term 'bron'.

¹⁶ Zie Toomey supra n 7, voetnoot 26 (waarin wordt opgemerkt dat de Werkgroep tot en met december 2017 1199 adviezen had uitgebracht) en zie ook de jaarverslagen van de Werkgroep van 2018 tot 2022 (+ 90 (2018) + 85 (2019) + 92 (2020) + 85 (2021) + 88 (2022) = 1639).

Om een typische indicatie te geven van de snelheid van de opinieproductie, heeft de Werkgroep in 2022, onder haar reguliere procedure, 88 adviezen aangenomen betreffende de detentie van 160 personen in 50 landen; A/HRC/54/51, Jaarverslag 2022 Rapport van de Werkgroep Willekeurige Detentie, 31 juli 2023. Veel van deze gevallen betreffen meerdere gedetineerden, vaak tientallen.

¹⁷ Zie Viljoen supra n 7 bij 55 (ook wel audiatur et altera pars genoemd).

¹⁸ WGAD, 'Rapport van de Werkgroep inzake Willekeurige Detentie' (2011) VN Doc A/HRC/19/57, samenvatting en paragraaf 5. Dat De database is inmiddels vervangen door een database die door de WGAD zelf wordt beheerd en die beschikbaar is op: <https://wgad-opinions.ohchr.org/> [laatst geraadpleegd op 23 november 2023].

¹⁹ Zie A/HRC/51/29 paragraaf 14 voor het aantal zaken in 2021 en ibid paragraaf 8 voor het aantal zaken in 2011.

²⁰ Zie Mazzinghi supra n 7 op 84 ([I]ndien het gaat om bewijskwesties, heeft de Werkgroep een solide en goed gevestigde jurisprudentie).

Consistentie (in de Aristotelische²¹ betekenis van gelijke gevallen die feitelijk gelijk behandeld worden²²) tussen quasi-rechterlijke organen in vergelijkbare situaties²³ versterkt verschillende waarden die fundamenteel zijn voor de rechtsstaat.²⁴ Deze omvatten eerlijkheid en gelijkheid voor de wet, voorspelbaarheid, transparantie, verantwoordingsplicht en onpartijdigheid. Consistentie ondermijnt ook de bewering dat mensenrechtenwetgeving willekeurig wordt toegepast. Door deze waarden te bevorderen, draagt consistentie bij aan de legitimiteit van mensenrechtenorganen en hun toepassing van mensenrechtenwetgeving.

Op conceptueel niveau brengt dit artikel de literatuur vooruit door te onderzoeken hoe de ontologie en mandaten van quasi-rechterlijke mensenrechtenorganen samenhangen met een sequentieel gedeelde bewijslast. Het betoogt prospectief dat de norm van 'buiten redelijke twijfel' die het EHRM pretendeert toe te passen,²⁵ niet strookt met de context van mensenrechtenorganen die zaken tegen staten behandelen, en dat een norm van 'balans van waarschijnlijkheden'²⁶ de context van het procederen over vermeende inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden beter weerspiegelt.²⁷ Op deze manier beoogt het de feitenbepalende functie van quasi-rechterlijke mensenrechtenorganen te versterken, wat op zijn beurt het vertrouwen in en de naleving van hun beslissingen zal bevorderen. Dit zal ook staten en uiteindelijk slachtoffers ten goede komen door de ontwikkeling van duidelijke, consistente en betrouwbare benaderingen van bewijs van mensenrechtenschendingen.

Met de nadruk op bewijslasten en benaderingen van bewijsvoering luidt de these van dit artikel als volgt: quasi-gerechterlijke internationale mensenrechtenorganen hebben allemaal een tweeledig mandaat, waarbij juridische en mensenrechtentradities en -imperatieven worden vermengd, maar hun benaderingen van bewijsvoering lopen uiteen (hoofdstuk 2). De *prima facie*-benadering van de Werkgroep is een passend flexibele en conceptueel coherente manier om de mandaten op het gebied van mensenrechten en justitie onder te brengen (hoofdstuk 3). Ondanks de kernwaarde ervan vereist de *prima facie*-benadering van de Werkgroep een aanscherping van het lexicon en de taxonomische regels (hoofdstuk 4). De toepassing van deze norm door de Werkgroep in de praktijk biedt echter aanzienlijke richtlijnen voor andere quasi-gerechterlijke mensenrechtenorganen (hoofdstuk 5). Het is van groot belang om de impuls te geven aan consistentie tussen quasi-gerechterlijke mensenrechtenorganen (hoofdstuk 6). Maar alternatieve benaderingen, zoals een selectieve omkering van de bewijslast in specifieke omstandigheden of een volledige verschuiving van de bewijslast naar de overheid in alle gevallen, zijn onwenselijk, omdat ze verdere onzekerheid voor procespartijen zouden creëren, zelfs zouden kunnen leiden tot hogere bewijslasten voor eisers en de Werkgroep en andere instellingen potentieel zouden overspoelen met ongefundeerde claims (paragraaf 7). De conclusies beogen respect voor beide facetten van de ontologie van deze instanties te waarborgen (paragraaf 8).

²¹ Zie Stanford Encyclopedia of Philosophy, 'Equality', (2021; beschikbaar op: <https://plato.stanford.edu/entries/equality/> [laatst geraadpleegd op 23 november 2023]) verwijzend naar Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V. 3. 1131a10–b15; Politiek, III.9.1280 a8–15, III. 12. 1282b18–23.

²² MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), p. 73. Zie ook Brand-Ballard, 'Treating Like Cases Alike', *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging* (2010).

²³ Er zijn enkele procedurele verschillen tussen deze organen. Zo nemen de Verdragsorganen doorgaans een geformaliseerde ontvankelijkheidsstap op in hun procedure, terwijl de regelgevende instrumenten van de Werkgroep een dergelijke stap niet expliciet vastleggen. Ze integreren echter allemaal feitenonderzoek inzake mensenrechten in quasi-juridische contradictoire procedures en de hierin uiteengezette benaderingen en normen kunnen indien nodig worden aangepast aan hun specifieke procedures. De voorstellen in dit artikel dienen dan ook *mutatis mutandis* in overweging te worden genomen voor goedkeuring door verschillende organen. Zie ook Viljoen supra n 7 op 63, 77–80.

²⁴ Zie Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, S/2004/616 (2004) ('De "rechtsstaat" [...] vereist eveneens maatregelen om naleving te garanderen van de beginselen van suprematie van het recht, gelijkheid voor de wet, verantwoordingsplicht jegens de wet, eerlijkheid bij de toepassing van de wet, scheiding der machten, deelname aan de besluitvorming, rechtszekerheid, vermindering van willekeur en procedurele en juridische transparantie.').

²⁵ Zie paragraaf 6 hieronder.

²⁶ Dit is gelijkwaardig aan een 'overwicht van bewijs', of 'overtuigend bewijs', of 'redelijk om te concluderen'-norm, zoals besproken in paragraaf 6.

²⁷ Hoewel sommige aspecten van de werkzaamheden van de Werkgroep niet-adjudicatief zijn, zoals het versturen van brieven met beschuldigingen aan overheden, is de individuele klachtenprocedure vergelijkbaar met een proces in de stijl van een rechtszaak, waarbij de klager stukken indient die door

2. DE TWEEVOUDIGE MANDATEN VAN DE QUASI-RECHTSPRAAK VAN DE MENSELIJKE RECHTENORGANEN

Quasi-rechterlijke mensenrechtenorganen bevinden zich op het snijvlak van rechtspraak en mensenrechten activisme.²⁸ De term 'quasi-juridisch' wordt hier gebruikt om te verwijzen naar organen die een rechterlijke macht uitoefenen functies, zoals het ontvangen van bewijsmateriaal, het toezicht houden op procedures in geval van tegenspraak,²⁹ en het overwegen van klachten van staten en/of individuen. Het zijn echter geen rechtbanken, aangezien deze instanties ook bredere mensenrechtenactiviteiten ondernemen, zoals het versturen van mededelingen aan staten, het verspreiden van persberichten, het overwegen van staatsrapporten, het uitbrengen van algemene commentaren (of beraadslagingen) over thematische kwesties en het regelmatig bezoeken van landen.³⁰ Relevante instellingen zijn onder meer Verdrags- en Organen zoals het Comité voor de Rechten van de Mens, het Comité voor de Rechten van het Kind, het Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen en het Comité voor de Uitbanning van rassendiscriminatie.³¹ Hoewel de Werkgroep voor de bestrijding van rassendiscriminatie geen verdragsorgaan is, Willekeurige detentie oefent soortgelijke functies uit, aangezien het individuele klachten accepteert en gebruik maakt van een tegenstrijdig proces.³²

Quasi-rechterlijke organen geven beslissingen die 'standpunten' of 'opmerkingen' worden genoemd.³³ Hoewel de bindendheid van de beslissingen van de rechterlijke macht afhangt van de rechterlijke macht, is de bindendheid van de rechterlijke macht niet van toepassing op de rechterlijke macht.

van deze beslissingen wordt gedebatteerd,³⁴ ze worden beschouwd als gezaghebbende interpretaties van verplichtingen onder de toepasselijke verdragen en het gewoonterecht, uitgegeven door gespecialiseerde organen die belast zijn met met de interpretatie van deze instrumenten.³⁵ Sommige nationale rechtssystemen hebben geoordeeld dat zij implementatie.³⁶ De Werkgroep zelf ziet een aanzienlijk aantal (hoewel momenteel niet een meerderheid) van de personen die aan de bepalingen zijn onderworpen, worden vrijgegeven na het uitbrengen van de adviezen en verklaarde dat ze willekeurig waren vastgehouden.³⁷

De bewijsbenaderingen die entiteiten hanteren, weerspiegelen doorgaans hun mandaten en ontologie. Zo kunnen strafrechters bijvoorbeeld dwingende maatregelen opleggen, waaronder gevangenisstraf.³⁸ Om dergelijke bevoegdheden in toom te houden is strikte naleving van het vermoeden van onschuld en de bijbehorende garanties voor een eerlijk proces. Zoals Blackstone's ratio aangeeft: 'het is beter dat tien schuldigen ontkomen dan één onschuldige lijdt'.³⁹ Voor bewijsprocedures

²⁸ Zoals in de volgende paragrafen wordt uiteengezet, bestaat er een contrast tussen de wereld van de mensenrechten, die traditioneel niet is richten zich op bewijsregels, bewijslasten en normen, terwijl die kwesties centraal staan in arbitrage en rechtszaken.

Bovendien wordt mensenrechtenwerk doorgaans uitgevoerd in een situatie waarin er een ongelijke tweedeling bestaat tussen het individu en de de overheid, terwijl een rechtszaak wordt gevoerd tegen twee gelijkwaardige partijen (in theorie).

²⁹ De term 'adversarial' wordt gebruikt in de brede zin van partijen met doorgaans tegengestelde standpunten die een onderwerping leveren die worden vervolgens beoordeeld door neutrale leidersonderzoekers die geen enkele band hebben met de partijen. Het wordt niet gebruikt om specifiek te verwijzen naar de common law-rechtssysteem. Viljoen legt uit dat al in 2004 de toenemende jurisdictie van deze instanties, die het etiket 'quasi-rechterlijke' instanties is passend; Viljoen supra n 7 bij 81.

³⁰ Zie in het algemeen Connors en Shah, 'Hoofdstuk 19: Verenigde Naties', in Moeckli, Shah en Sivakumaran (red.), *International Human Rights Law*, 4e editie (2022), 393–418.

³¹ Zie infra in Sectie 6; Rodley, supra n 10 op 12–13.

³² Zie in het algemeen Connors en Shah supra n 30 op 393–418.

³³ De Commissie voor de Rechten van de Mens heeft de Werkgroep opgeroepen om 'standpunten' te geven in plaats van 'besluiten' in resolutie 1997/50, 15 April 1997, paragraaf 7. Sindsdien noemt de Werkgroep haar beslissingen 'adviezen'.

³⁴ Zie Redondo, 'Het heroverwegen van de juridische grondslagen van controle in het internationale mensenrechtenrecht - Het geval van speciale Procedures' (2011) 29 *Nederlands Kwartalaalblad voor de Rechten van de Mens* 261 op 283, 286 en Genser en Winterkorn-Meikle supra n 7, blz. 118-119 (beide stellend dat de adviezen van de Werkgroep niet juridisch bindend zijn). Vgl. Mazzinghy, supra nr. 7, blz. 70-71. (opmerkend dat het verbod op willekeurige detentie wordt beschouwd als een jus cogens-norm en daarom elk verdrag dat in strijd is met (daarmee zou het nietig worden verklaard krachtens artikel 53 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht). Zie ook Toomey supra n. 7 op 235.

³⁵ Zie HRC, Algemene Opmerking 33, CCPR/C/GC/33 (2008) paragraaf 11.

³⁶ Zie bijvoorbeeld *Mariya de los Angeles Gonzalez Carreño tegen Ministerie van Justitie*, nr. 1263/2018 ROJ; STS 2747/2018, ROJ: STS 2747/2018, ECLI:ES:TS:2018:2747. Zie ook Connors en Shah supra n 30 op 411–413.

³⁷ WGAD 2022 Jaarverslag van de Werkgroep Willekeurige Detentie (2023) A/HRC/54/51 Bijlage 3, paragraaf 12.

³⁸ Zie Kelsen, 'Als dwingend bevel onderscheidt de wet zich van andere sociale ordes. Het beslissende criterium is het element van kracht – dat wil zeggen dat de handeling die door de order wordt voorgeschreven als gevolg van maatschappelijk schadelijke feiten, moet worden uitgevoerd zelfs tegen de wil van het individu en, als hij zich verzet, door middel van fysieke kracht' (Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Knight (vert.), (1967 [1934]) op 34–41.

³⁹ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 21e druk (1765), boek IV, hoofdstuk 27, op 358. Voltaire schreef over 'het grote principe dat het beter is het risico te lopen de schuldigen te sparen dan de onschuldigen te veroordelen.' Arouet de Voltaire *Zadig, of het lot, in*

en lasten, dit betekent dat het Openbaar Ministerie de last draagt om de schuld aan de verdachte vast te stellen. vereiste norm, die in common law-systemen doorgaans 'buiten redelijke twijfel' is,⁴⁰ in Franstalige systemen *veroordeling in tijd*,⁴¹ en is in de islamitische traditie verklaard als het overwinnen van de 'kleinste twijfel'.⁴²

Omgekeerd plaatsen mensenrechteninstellingen geen individuen in de gevangenis; vaak roepen ze op regeringen om het tegenovergestelde te doen.⁴³ In tegenstelling tot de beschuldigde in een strafzaak, kan een respondent De overheid heeft in een mensenrechtenzaak doorgaans veel meer toegang tot formele bronnen van bewijs en aanverwante materialen dan de klager. Bijgevolg zijn de rechtvaardigingen die ten grondslag liggen aan strafrechtelijke Lasten en normen zijn niet eenvoudig overdraagbaar naar deze mensenrechtenorganen.

Zelfs onder quasi-rechterlijke mensenrechtenorganen bestaan er aanzienlijke verschillen in hun benadering van bewijs. Flexibiliteit is nuttig voor deze instanties, omdat het hen in staat stelt nieuwe juridische mogelijkheden te verkennen. kwesties en weerspiegelt hun verschillende juridische aandachtsgebieden. Toch moeten ze allemaal feiten vaststellen in om een substraat te hebben waarop de wet kan worden opgelegd.⁴⁴ Het handhaven van strenge en Een breed consistente benadering van feitenonderzoek in tegenstrijdige processen is belangrijk voor de juiste de vaststelling van elk geval, om uiteenlopende uitkomsten te vermijden, afhankelijk van het gekozen forum, en, in bredere zin, voor de reputatie, geloofwaardigheid en impact van het werk van de quasi-rechterlijke organen.⁴⁵ Voor al deze organen is het van cruciaal belang om hun mensenrechtenontologie in overeenstemming te brengen met hun rechterlijke macht. functioneren. In dit kader onderzoekt het volgende gedeelte hoe een van deze organen – de De Werkgroep heeft deze twee facetten in evenwicht gebracht.

3. HET IN BALANS BRENGEN VAN JURIDISCHE EN MENSENRECHTENMANDATEN: DE AANPAK VAN DE WERKGROEP BIJ BEWIJSBEOORDELING

Als een van de speciale procedures van de Mensenrechtenraad heeft de Werkgroep het mandaat om beoordelen van schendingen van de peremptoire norm tegen willekeurige detentie.⁴⁶ Het heeft grotendeels een vergelijkbare aard aan verdragsorganen zoals het Comité voor de Mensenrechten,⁴⁷ zij het als onderdeel van de Verenigde

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, artikel 66(3); *Martić*, IT-95–11-A, beroepsvonnis, 8 oktober 2008, paragraaf 61) ('een feitenonderzoeker moet ervan overtuigd zijn dat er geen redelijke verklaring is voor het bewijsmateriaal anders dan de schuld. Hoewel er wereldwijd variatie in formuleringen bestaat, is de standaard van buiten redelijke twijfel ook van toepassing kenmerken in sommige civiele systemen, zoals Italië (zie artikel 533 van de Codice di Procedura Penale, (GU n.250 del 24-10-1988— Aanvulling op de Ordinario nr. 92).

⁴¹ Artikel 355 Wetboek van burgerlijke procedure.

⁴² Zie Holscher en Mahmood, *Lenen uit de Sharia: Het potentiële gebruik van procedureel islamitisch recht in het Westen*, in *From Internationaal strafrecht: kwesties in een mondiale perspectief*, Delbert Rouns, 2000 op 82.

⁴³ Zie bijvoorbeeld de zaak *Velásquez Rodríguez tegen Honduras*, Merits, IACHR Series C nr. 4, [1988] IACHR 1, (1989) 28 ILM 291, (1988) 9 HRLJ 212, IHLR 1385 (IACHR 1988), 29 juli 1988, paragraaf 134 ('[h]et doel van internationale mensenrechten De wet is er niet om de individuen te straffen die zich schuldig maken aan overtredingen, maar om de slachtoffers te beschermen en te voorzien in de behoeften van de slachtoffers. herstel van de schade die het gevolg is van de handelingen van de verantwoordelijke staten.').

⁴⁴ Kritiek op het begrip objectieve feiten is geuit door postmodernistische stromingen, zoals kritische rechtsstudies; Viljoen supra n. 7 op 51–53. Hoewel het nuttig is om op de hoogte te zijn van deze kritiek, hangt het functioneren van mensenrechtenorganen af van over bepaalde zaken die als hebben plaatsgevonden. Bovendien kunnen slachtoffers van ernstig geweld, zoals waterboarding of het verwijderen van vingernagels, zou die gebeurtenissen als objectieve feiten beschouwen. In dit licht is het belangrijk ervoor te zorgen dat Er bestaan geaccepteerde procedures en normen voor het vaststellen van feiten bij instanties die internationale mensenrechtenwetgeving toepassen.

⁴⁵ Zoals Frank en Fairly in het algemeen opmerken met betrekking tot het vaststellen van feiten op het gebied van de mensenrechten: 'omdat de doeltreffendheid van het vaststellen van feiten zo grotendeels afhangt van de mate waarin de feiten worden vastgesteld, geloofwaardigheid, en geloofwaardigheid komt in de eerste plaats voort uit de manifeste integriteit van het proces, zijn gezonde procedures niet alleen wenselijk maar een functionele voorwaarde'; Frank en Fairley, 'Procedural Due Process in Human Rights Fact Finding by International Agentschappen' (1980) *American Journal of International Law* 308–345, op 310.

⁴⁶ WGAD, Beraadslaging nr. 9 betreffende de definitie en reikwijdte van willekeurige vrijheidsberoving volgens het gewoonterecht, in het rapport van de Werkgroep inzake willekeurige detentie aan de Raad voor de Mensenrechten, A/HRC/22/44 (2012) paragraaf 75; IACtHR, *Osorio Rivera en familieleden tegen Peru*, vonnis (voorlopige bezwaren, gronden, herstelbetalingen en kosten), 26 november 2013, SeriesC, nr. 274, punt 112; Mensenrechtencommissie, AlgemeenOpmerking 29, art. 4: Afwijkingen tijdens een noodtoestand, 31 augustus 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, paragraaf 11. Zie ook Schabas, 'Identificeren van de Normen van het gewoonterecht van de internationale mensenrechten', *Het gewoonterecht van de internationale mensenrechten* (2021)

⁴⁷ *Idem* paragraaf 10.

⁴⁷ EHRM, *Peraldi tegen Frankrijk* (beslissing), nr. 2096/05, 7 april 2009 (waarin de Werkgroep wordt omschreven als een orgaan waarvan de procedures waren op tegenspraak en wier beslissingen met redenen werden omkleed, aan de partijen werden meegedeeld en in een bijlage bij het rapport werden gepubliceerd. Bovendien hebben de aanbevelingen het mogelijk gemaakt de aanbevelingen van de staat vast te stellen die gevolgen voor de willekeurige detentie voortvloeien uit de vaststelling van de schuld van de staat).

Speciale procedures van de Naties.⁴⁸ Terwijl de Werkgroep verschillende functies vervult, het juridische aspect ervan wordt als bijzonder belangrijk beschouwd vanwege de legitimiteit ervan en het 'heeft grote waarde' belang voor het contradictoire karakter van de procedure.⁴⁹

Feitelijke kwesties zijn altijd essentieel geweest bij de behandeling van zaken door de Werkgroep van vermeende mensenrechtenschendingen. In het begeleidende informatieblad staat dat 'of de persoon Het ontnemen van de vrijheid is een feitelijke kwestie: als de persoon in kwestie niet naar believen kan vertrekken, De waarborgen die er zijn om willekeurige detentie te voorkomen, moeten in acht worden genomen.'⁵⁰ Echter, de afgelopen jaren zijn er methodologische vragen gerezen over bewijslasten en bewijsnormen onder verscherpt toezicht van de Werkgroep. De contradictoire procedures,⁵¹ zien de de klager zijn zaak kan indienen en de regering in staat stellen te reageren op de vermeende schendingen, en dan kan de klager een aanvullend antwoord toevoegen.⁵² Cruciaal bij het wegen van het bewijs is de *De prima facie*- benadering van de Werkgroep,⁵³ die zich sinds de oprichting heeft ontwikkeld en verankerd, oprichting in 1991. Deze gefaseerde aanpak vereist dat de eiser zijn zaak aantoonst op een *prima facie* basis, alvorens de verantwoordelijkheid voor het reageren bij de regering te leggen. De regering kan aan deze bewijslast voldoen door gedetailleerd en onderbouwd bewijsmateriaal te leveren ter ondersteuning van zijn beweringen.⁵⁴

Uit de jurisprudentie van de Werkgroep blijkt dat er gedurende de drie decennia waarin zij actief is, steeds meer nauwkeurigheid en consistentie op het gebied van bewijs en bewijslast, tot het punt waarop de huidige meningen zijn een uniforme herhaling van de gesequenciede aanpak. De werkgroep heeft dit als eerste gezaghebbend vastgesteld, uiteengezet in zijn jaarverslag van 2011.⁵⁵ Voordien vertoonden zijn meningen een verscheidenheid aan uitingen, soms suggererend dat er een overkoepelende last op de bron rust,⁵⁶ soms wordt deze op de Overheid,⁵⁷ en soms werd er helemaal niet over de last gesproken.⁵⁸ De toepassing ervan De benadering van bewijsmateriaal varieerde ook, waarbij soms 'redelijke' aannames werden gedaan vanwege

en zelfs om een einde te maken aan de betwiste situaties. Haar adviezen werden ook onderworpen aan een controleprocedure met het oog op (om ervoor te zorgen dat de daarin opgenomen aanbevelingen worden uitgevoerd).

⁴⁸ Hoewel de Werkgroep werd opgericht door een resolutie van de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties, dan een verdrag, heeft dit geen directe invloed op de benadering van bewijs. Zowel de Werkgroep als de Mensenrechtencommissie Commissies zijn quasi-juridische organen met gedeeltelijk overlappende mandaten en moeten daarom streven naar een consistente aanpak.

⁴⁹ WGAD *Herziene Fact Sheet*, supra n 12 op 7. Zie ook Viljoen supra n 7 op 77.

⁵⁰ WGAD *Herziene Factsheet*, supra n 12 op 4.

⁵¹ Zie Genser en Winterkom-Meikle supra n 7 op 107.

⁵² Het proces van tegenspraak werd vanaf de allereerste formulering van de werkmethode van de Werkgroep aangenomen, op basis van dat het 'zou helpen bij het verkrijgen van de medewerking van de staat die bij de onderzochte zaak betrokken is' (Mensenrechtenraad, Werkwijzen van de Werkgroep Willekeurige Detentie (2017) A/HRC/36/38; F/CN.4/1992/20, 4. Er zijn Er zijn uitzonderlijke gevallen geweest waarin de bron in zijn verdere antwoord nieuwe informatie naar voren bracht die de Werkgroep nodig had de betrokken staat om aanvullende opmerkingen te vragen om een volledig begrip te krijgen van de kwesties die tussen de partijen in geschil zijn alvorens een advies uit te brengen. Zie bijvoorbeeld de adviezen nr. 32/2016, nr. 14/2017 en nr. 40/2017.

⁵³ Een *schijn* van bewijs wordt omschreven als bewijs 'dat, onverklaard of niet weersproken, voldoende is om de stelling te verdedigen'.

⁵⁴ bevestigde stelling' Kazazi, *Bewijslast en gerelateerde kwesties: een studie over bewijs voor internationale tribunaal* (1996) op 326–328. Voor de toepassing van deze norm in de context van internationale rechtspraak, zie de beslissingen van de VS– Mexicaanse General Claims Commission in *Lillie S. Kling (VS tegen Verenigde Mexicaanse Staten)*, 8 oktober 1930, 4 UNRIAA, 585 en de zaak *Parker (VS tegen Mexico)*, 31 maart 1926, 4 UNRIAA. Zie ook Caroline Foster, *Science and the Precautionary Principle. in Internationale Hoven en Gerechtshoven: Deskundig bewijs, bewijslast en finaliteit* (2011), 229–234.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld advies nr. 41/2013, waarin wordt opgemerkt dat de bron van een communicatie en de overheid niet altijd dezelfde informatie hebben. gelijke toegang tot bewijsmateriaal en vaak beschikt alleen de overheid over de meest relevante informatie.

⁵⁶ WGAD, supra n 18 par. 68, onder verwijzing naar *Ahmadou Sadio Diallo (Republiek Guinee tegen Democratische Republiek Congo)*, ICJ (24 Mei 2007) ICJ Reports 2007, p. 582. De verklaring uit 2011 betreffende de *prima facie*- benadering verwacht de *prima facie*-benadering enigszins met de *prima facie*-benadering, *facie*- benadering en bewijslast en omkering van de bewijslast, waardoor de verduidelijkingen die zijn aangebracht noodzakelijk zijn die sindsdien tot stand zijn gekomen op basis van meningen, zoals besproken in dit artikel.

⁵⁷ Besluit 7/1992 (aangevochten) ('[I]nzake het gebruik van een verklaring die onder marteling is verkregen, is er geen bewijs om (een bevinding van de Werkgroep dat deze bewering bewezen is).

⁵⁸ Besluit 1/1992 (zonder tegenstand) ('er is geen materiaal in het dossier aanwezig dat de Werkgroep ertoe zou brengen de conclusie te trekken dat de (...) dat de uiting van hun mening op enigerlei wijze de nationale veiligheid of de openbare orde in gevaar brengt'.

⁵⁹ Er werd herhaaldelijk gewezen op het uitblijven van een reactie van de regering voordat zij haar feitelijke vaststelling deed, zonder verdere toelichting. Zie ook de beslissingen van de Werkgroep in *Republiek Guinee tegen Democratische Republiek Congo*, 24 mei 2007, 2007 ICJ Reports 2007, p. 582.

het stilzwijgen van de regering over een kwestie,⁵⁹ en soms het eisen van 'duidelijke redenen' om een feit te vinden.⁶⁰ Terwijl de Werkgroep eerder naar het *prima facie*-begrip had verwezen,⁶¹ heeft zij besloten om Deze formulering in haar rapport uit 2011 markeerde een duidelijke verschuiving naar een formalisering van deze aanpak.

heeft de Werkgroep haar aanpak herhaald en verduidelijkt, en in de loop van het daaropvolgende keer.⁶² Sinds 2011 decennium verschillende verklaringen gegeven,⁶³ waaruit blijkt dat een claim voldoende is 'consistent' of 'gedetailleerd' in de volgende omstandigheden: de bron levert bevestiging;⁶⁴ de mede-eisers leveren verslagen aan die in vrijwel alle materiële opzichten overeenkomen;⁶⁵ de bron ondersteunt haar beweringen met informatie van externe actoren, zoals nieuwsberichten en/of bevindingen door andere internationale mensenrechtenorganisaties;⁶⁶ en waar de eigen eerdere bevindingen van de Werkgroep bepalingen in soortgelijke situaties ondersteunen de beweringen van de bron.⁶⁷

Vanaf 2019 hanteren de Werkgroepen een in wezen uniforme omschrijving van hun taken. gesequenseerde benadering, waarin staat:⁶⁸

Bij het bepalen of de detentie van de gedetineerde willekeurig was, houdt de Werkgroep rekening met: aan de beginselen die in haar jurisprudentie zijn vastgelegd om met bewijskwesties om te gaan. Als de bron heeft een *prima facie*-zaak aangevoerd voor een schending van internationale vereisten die willekeurige detentie vormen, moet de bewijslast worden geacht bij de regering te rusten indien zij wil de beschuldigingen weerleggen.⁶⁹

De manier waarop de regering de beschuldigingen kan weerleggen, hangt af van de specifieke omstandigheden. kwesties in kwestie. Maar een goede richtlijn die uit de jurisprudentie naar voren is gekomen, is dat De regering moet een 'gedetailleerd en onderbouwd' antwoord geven.⁷¹ De Werkgroep

⁵⁹ Advies 17/2008 (tegen); 21/2008 (tegen) (uitgaande van 'redelijke' aannames vanwege het stilzwijgen van de regering over een probleem).

⁶⁰ Advies 22/2010 (tegen) (waarin staat dat 'de Werkgroep geen duidelijke redenen heeft gekregen om de bewering van de bron').

⁶¹ Advies nr. 29/2010, par. 25.

⁶² Zie bijvoorbeeld de adviezen nr. 21/2011, par. 31; nr. 41/2013, 52/2014, 28/2016, 67/2017, 79/2017, 55/2018, 56/2019, 68/2020, en 68/2021. De WG heeft dit op drie manieren gedaan: (1) in een afzonderlijke paragraaf of sectie van haar discussie; (2) in een zin in een paragraaf over het gebrek aan reactie van de overheid om te herinneren hoe de Werkgroep omgaat met bewijskwesties; (3) in een voetnoot waarin wordt verwezen naar eerdere relevante meningen.

⁶³ Voor de volgende punten, zie in het algemeen American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian recht (2021), *de juridische methoden en jurisprudentie van de werkgroep van de Verenigde Naties inzake willekeurige detentie (2015–2018): Een inleiding voor beoefenaars*, 14–15.

⁶⁴ Zie bijvoorbeeld Advies nr. 61/2016, paragrafen 50 en 53. Zie ook Advies nr. 68/2020, paragrafen 72–73.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld Adviezen nr. 7/2016 par. 47 en 81/2017 par. 23.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld de adviezen nr. 15/2018, paragraaf 29, 22/2017, paragraaf 74, 20/2017, paragrafen 33 en 40, en 44/2016, paragrafen 25–27.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de adviezen nr. 19/2018, punt 27, 26/2017, punt 50, 44/2016, punt 25, 11/2016, punt 27 en 10/2016, punt 41.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld adviezen nr. 54/2019, punt 146; 56/2019, paragraaf 73; 21/2021, paragraaf 60; 83/2021, paragraaf 60; 78/2022, paragraaf 77; 65/2022, paragraaf 89; 82/2022, paragraaf 32; 47/2022, paragraaf 42; 48/2021, paragraaf 48 (allemaal verwijzend naar WGAD supra n 20, paragraaf 68).

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld adviezen nr. 65/2022, punt 89; 82/2022, paragraaf 32; 47/2022, paragraaf 42; 48/2021, paragraaf 48 (allemaal verwijzend naar WGAD supra n 18, paragraaf 68).

⁷⁰ De Werkgroep kan ook individuele gevallen in overweging nemen op basis van inzendingen van regeringen en intergouvernementele en niet-gouvernementele organisaties en nationale instellingen voor de bevordering en bescherming van de mensenrechten op eigen initiatief, overeenkomstig de paragrafen 12 en 13 van haar Methodes van Werk supra n 52 (zie ook Commissie voor de Rechten van de Mens) Resolutie 1993/36, paragraaf 4); hoewel dit zelden gebeurt. Het is onwaarschijnlijk dat dit de hier uiteengezette *prima facie*-benadering zal beïnvloeden. omdat de Werkgroep een zaak waarschijnlijk alleen zou aannemen als zij op *het eerste gezicht* over informatie beschikte die zou wijzen op willekeur, ongeacht waar het vandaan kwam. Communicatie van overheden in dit opzicht zou waarschijnlijk de staat van nationaliteit van een burger zijn. in het buitenland vastgehouden in plaats van de overheid die het individu in bewaring heeft. De staat van nationaliteit zou dus niet in aanmerking komen. dezelfde positie inneemt als de staat van hechtenis wat betreft het vaststellen van de verwachte bewijslast en bewijsstandaard.

⁷¹ Zie Advies nr. 16/2016 (Nicaragua), paragraaf 21 (waarin werd vastgesteld dat de regering geen gedetailleerde informatie heeft verstrekt met betrekking tot het tijdstip, de plaats en de wijze waarop de eiser van zijn vrijheid is beroofd, en evenmin is bewezen dat op het moment van de Bij zijn arrestatie toonden de politieagenten een arrestatiebevel en informeerden hem over de redenen voor zijn arrestatie'); 58/2018 (Marokko), paragraaf 47 (waarin staat: '[d]e regering ontkent eenvoudigweg de mishandeling, en voegt daaraan toe dat de rechter geen tekenen van mishandeling heeft opgemerkt en dat de beschuldigde geen dergelijke handelingen heeft gemeld, een bewering die wordt betwist in de aanvullende opmerkingen van de bron. De regering maakt geen melding van de bekentenissen. De Werkgroep herinnert eraan dat een formeel bezwaar zonder Het bewijsmateriaal is niet overtuigend, vooral omdat het aan de Staat is om te bewijzen dat er geen misbruik heeft plaatsgevonden. Zie verder Advies nr. 68/2020 (Teheran), paragraaf 96(a). (De regering heeft specifieke en gedetailleerde informatie verstrekt in reactie

heeft herhaaldelijk herhaald dat 'loutere beweringen van de regering dat er rechtmatige procedures zijn gevolgd, niet voldoende zijn om de beweringen van de bron te weerleggen'.⁷² Naast deze kernactiviteit heeft de Werkgroep de contouren en parameters van de *prima facie*- benadering verduidelijkt via haar jurisprudentie, zoals hierna uiteengezet.

4. DE BIJDRAGE VAN DE WERKGROEP AAN HET VERDUIDELIJKEN VAN HET LEXICO EN DE TAXONOMIE VAN LASTEN EN BEWIJSSTANDAARDEN

Hoewel quasi-juridische mensenrechtenorganen binnen hun respectieve mandaten moeten opereren, bevatten de resoluties en bijgevoegde instrumenten die hun werkzaamheden regelen doorgaans geen specifieke procedurele terminologie en methodologie.⁷³ Woordenschat en taxonomie zijn echter belangrijke manieren om de operationele consistentie tussen quasi-juridische mensenrechtenorganen te verbeteren. In dit opzicht kunnen inzichten worden ontleend aan de taal en de benadering van bewijsvoering van de Werkgroep.

A. Bewijslast versus bewijsstandaard

Ten eerste, terwijl de *bewijsstandaard* de 'mate van overtuiging is die als geverifieerd moet worden beschouwd om een feit op een bepaald procedureel moment bewezen te achten',⁷⁴ is de *bewijslast* de regel die bepaalt welke partij de verplichting heeft om bewijs te leveren om haar beweringen te staven of de beweringen van de andere partij te weerleggen. Over het algemeen ligt de totale bewijslast bij de eisers, zowel in mensenrechtenzaken als in het burgerlijk recht in bredere zin.⁷⁵

De *prima facie*-benadering van de Werkgroep kan worden gezien als een samenvoeging van de standaard en de bewijslast.⁷⁶ De term *prima facie* kan een kwantitatieve drempel vormen, wat vergelijkbaar is met een standaard.⁷⁷ De *prima facie*- benadering, zoals gebruikt, is echter een manier om de bewijslast te verdelen en is niet identiek aan een bewijsstandaard. Als de overheid immers reageert op de *prima facie*-zaak van de bron (en als de bron een antwoord geeft, bekend als 'verdere opmerkingen'),⁷⁸ dan moet de Werkgroep de verklaringen van die twee partijen tegen elkaar afwegen en kan ze niet simpelweg een *prima facie*- standaard toepassen om de impasse te doorbreken.

Het is opvallend dat de Werkgroep niet eenduidig de maatstaf beschrijft die zij hanteert bij de beoordeling van de uiteindelijke uitkomst van een zaak. Een explicietere en uniformere formulering van haar maatstaf zou de toegankelijkheid en verdedigbaarheid van de redenering van de Werkgroep vergroten.

op al deze beschuldigingen, wat aangeeft dat het zich volledig aan het internationaal recht ter zake heeft gehouden. De bron heeft die informatie niet betwist of ontkend dat de heer Kaddar door advocaten werd vertegenwoordigd tijdens zowel de onderzoeks- als de procesfase van de procedure. De bron heeft niet aangevoerd of beweerd dat de advocaten van de heer Kaddar niet in staat waren hun rechten uit te oefenen.'; 34/2012 (Oezbekistan), paragraaf 21 ('De Werkgroep merkt op dat de regering de beschuldigingen heeft weerlegd en specifieke en gedetailleerde informatie over de zaak heeft verstrekt'). Deze richtlijn is neutraal wat betreft de vorm waarin de regering de beschuldigingen moet weerleggen, of dat nu door een gedetailleerd verhaal of documenten of anderszins is. Zie verder Advies nr. 78/2018, paragraaf 87 (verwijzend naar het feit dat de regering geen 'concreet bewijs [heeft geleverd dat de gedetineerde] ooit lid was geweest van een terroristische organisatie').

⁷² WGAD supra n 18 par. 68. Een voormalig lid van de Werkgroep heeft aangegeven dat, naar haar ervaring, 'late reacties, algehele ontkenningen van de aantijgingen en beweringen zonder ondersteunende informatie of bewijs dat de staat heeft gehandeld in overeenstemming met zijn nationale wetten en procedures en zijn internationale verplichtingen op het gebied van de mensenrechten is nagekomen, vaak niet in staat zijn om op een zinvolle manier te reageren op de beweringen van de bron'; Toomey supra n 7 op 232.

⁷³ Zie paragraaf 6 infra over de kaders van verschillende quasi-juridische mensenrechtenorganen.

⁷⁴ Zie Bovino supra n 4 op 65–66.

⁷⁵ Zie Roberts supra n 7 bij 1689–1690.

⁷⁶ De jurisprudentie van de Werkgroep gaat niet in op het onderscheid tussen de bewijsstandaard en de bewijslast in een zaak waarin de bewijslast niet wordt getoetst. consistente wijze. Dit onderstreept het belang van de huidige studie.

⁷⁷ Soms lijkt de Werkgroep te verwijzen naar *het prima facie-arrest* als de toegepaste norm en niet slechts als een aspect van haar gefaseerde benadering van bewijsmateriaal; zie bijvoorbeeld Advies nr. 78/2018, paragraaf 84 ('de Werkgroep is van oordeel dat de bron een *prima facie*- schending van het recht van de heer Yaman op een eerlijk proces heeft aangevoerd').

⁷⁸ Een bron is niet verplicht te reageren op een reactie van de overheid; Methods of Work, supra n 52, par. 15. Ze doen dit echter doorgaans wel en de Werkgroep verwijst in haar adviezen naar alle tijdig ontvangen materialen voordat ze met de analyse daarvan begint.

en vaststellingen.⁷⁹ Sommige andere mensenrechtenorganen die over claims oordelen, lijken een standaard van de waarschijnlijkheid van de balans toe te passen, rekening houdend met de totaliteit van de omstandigheden.⁸⁰ Omdat de Werkgroep gedeeltelijk overlappende jurisdictie heeft met die organen, en om uiteenlopende uitkomsten in soortgelijke zaken en mogelijk 'forum shopping' te voorkomen, zou de Werkgroep baat hebben bij procedurele afstemming met haar zusterinstellingen van de Verenigde Naties, en de standaard van de waarschijnlijkheid van de balans zou dit doel dienen, zoals hieronder wordt besproken.⁸¹

B. Algemene versus bewijslast Ten tweede

bestaat er vaak verwarring tussen algemene bewijslasten en bewijslasten. De algemene bewijslast vereist dat de eiser in een rechtszaak zijn zaak onderbouwt (*onus probandi incumbit actori*).⁸² Omgekeerd heeft een bewijslast betrekking op een specifiek punt in de rechtszaak, zoals het verstrekken van materiaal waartoe een slachtoffer redelijkerwijs geen toegang kon worden verwacht. In *Purna Maya v Nepal* vermeed het Mensenrechtencomité de bewijslast bij het slachtoffer te leggen om documentatie in te dienen, omdat 'het eisen dat slachtoffers van willekeurige en illegale detentie daarvan bewijsstukken overleggen neer zou komen op een *probatio diabolica* [duivelsbewijs]'.⁸³ De Werkgroep heeft uitgelegd dat, als de bron een *prima*

facie zaak voor een schending had aangetoond, de regering de beschuldigingen kon weerleggen 'door documentair bewijs te leveren',⁸⁴ door te rationaliseren dat:

de bron van een communicatie en de overheid hadden niet altijd gelijke toegang tot het bewijsmateriaal en het was vaak alleen de overheid die over de relevante informatie beschikte.

In dat geval merkte de Werkgroep ook op dat wanneer werd aangevoerd dat een persoon niet bepaalde procedurele waarborgen had genoten waarop hij of zij recht had, de bewijslast voor het door de aanvrager aangevoerde *negatieve* feit bij de overheidsinstantie lag, omdat laatstgenoemde over het algemeen door het overleggen van bewijsstukken kon aantonen dat zij de passende procedures had gevolgd en de door de wet vereiste waarborgen had toegepast.⁸⁵

Technisch gezien is dit geen omkering van de algehele bewijslast, maar een bewijslast met betrekking tot een specifiek 'negatief feit' dat in twijfel is getrokken door de bron in haar *prima facie*-zaak.⁸⁶

⁷⁹ Zie infra in paragraaf 6 (over de bewijsstandaard, met aanbeveling van een waarschijnlijkheidsbalans of een gelijkwaardige standaard). Zie ook het Bureau van de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties, *Commissies van Onderzoek en Feitenonderzoeksmissies inzake Internationale Mensenrechten en Humanitair Recht: Richtlijnen en Praktijk* (2015) op pagina 15 (waarin instanties voor feitenonderzoek op het gebied van mensenrechten worden opgeroepen de normen die zij hanteren expliciet te maken); Wilkinson, *Bewijsstandaarden in Internationale Humanitaire en Human Rights Feitenonderzoeks- en Onderzoeksmissies*, Académie du Droit Internationale Humanitaire et des Droits Humains à Genève (zonder datum).

⁸⁰ Houd er rekening mee dat commentatoren bij een algemeen onderzoek van de standpunten van het Comité voor de rechten van de mens tot de conclusie zijn gekomen dat de bewijsstandaard vergelijkbaar is met een test op basis van waarschijnlijkheid; zie bijvoorbeeld Mc Goldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1994) 150. In sommige opzichten worden ook veronderstellingen gehanteerd.

⁸¹ Zie ook paragraaf 5 infra voor een discussie over de vraag of de flexibele norm van de Werkgroep de bruikbaarheid van haar adviezen vergroot. Genser en Winterkom-Meikle, supra n. 7, stellen dat de adviezen van de Werkgroep niet-bindend zijn en dat dit, in combinatie met de flexibele normen van de Werkgroep, hun bruikbaarheid vergroot (hierdoor zou men kunnen stellen dat als de adviezen bindend waren, er strengere normen aan de klagers zouden moeten worden opgelegd). De last en de toegepaste norm zijn echter onafhankelijk van de vraag of de beslissingen van een mensenrechtenorgaan al dan niet strikt bindend zijn.

⁸² Zie Kazazi, supra n 53 op 369. Zie ook Forster, 'Getting to the Heart of the Burden of Proof', *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (2011) op 185, waarin naar het principe wordt verwezen als 'actori incumbit probatio'.

⁸³ HRC, *Purna Maya tegen Nepal* VN Doc CCPR/C/119/D/2245/2013 (2017) paragraaf 12.7.

⁸⁴ Advies 75/2017, punt 34, waarin advies nr. 41/2013 wordt aangehaald.

⁸⁵ Advies 75/2017, par. 34, verwijzend naar Advies nr. 41/2013. Zie ook Mazzinghy supra n. 7 op 85.

⁸⁶ Om de terminologie te verduidelijken: een verzoekende partij heeft de algehele bewijslast, maar beide partijen kunnen bewijs leveren over een specifieke kwestie, ongeacht de algehele bewijslast. Daarnaast is er de kwestie van de volgorde, waarbij het aan de verzoekende partij is om eerst een *prima facie*-zaak aan te voeren, waarna de bewijslast verschuift naar de antwoordende partij om informatie te verstrekken die die *prima facie*-zaak betwist. Ten slotte is

Veel andere rechterlijke instanties op het gebied van mensenrechten hanteren een soortgelijke bewijslast.⁸⁷ Zelfs als een partij niet aan de bewijslast voldoet, kan zij toch aan haar algehele bewijslast voldoen.⁸⁸ De rechtbank zal immers nog steeds kijken naar het geleverde bewijs om te bepalen of de partij die de algehele bewijslast draagt, daaraan heeft voldaan conform de vereiste bewijsstandaard.⁸⁹ Dit is een belangrijk conceptueel onderscheid dat de Werkgroep en andere quasi-rechterlijke mensenrechtenorganen explicieter zouden moeten formuleren om partijen en het bredere publiek te begeleiden.

C. De verschuivende

bewijslast Een extra term om het lexicon en de taxonomie van mensenrechtenorganisaties te verduidelijken is 'bewijslast'. De bewijslast verwijst naar de verantwoordelijkheid van de verweerder (doorgaans de overheid) om de door de eiser gepresenteerde *prima facie*-zaak te weerleggen. Terwijl de eiser in zijn geheel de bewijslast draagt,⁹⁰ rust de bewijslast op de overheid om elke bewezen *prima facie*-zaak te weerleggen. Hoewel de Werkgroep de term 'bewijslast' niet specifiek gebruikt,⁹¹ zou het gebruik van de term 'bewijslast' kunnen leiden tot meer consistentie,⁹² omdat het verwarring zou voorkomen die ontstaat doordat de term 'bewijslast' in de verschillende fasen van de procedure op meerdere partijen wordt toegepast.

D. De juridische last Los

van de algehele last die rust op een eiser die de rechtszaak begint, is er de juridische last die rust op een overheid om de detentie van een persoon te rechtvaardigen. De Werkgroep heeft verduidelijkt dat 'de last om de wettelijke basis en de redelijkheid, noodzaak en proportionaliteit' van detentie vast te stellen, ligt bij de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de detentie in elk geval, inclusief voor een nationale rechtbank.⁹³ Dit komt tot uiting in Basisbeginsel 13, waarin staat dat autoriteiten het 'directe en onmiddellijke verband tussen de uitoefening van het recht [op detentie] en de dreiging [die uitgaat van de beschuldigde]' moeten bewijzen.⁹⁴ Bijgevolg is de Werkgroep, zelfs als de detentie in overeenstemming is met nationale wet- en regelgeving en praktijken, gerechtigd en verplicht om de omstandigheden van de detentie en de wet zelf te beoordelen om te bepalen of een dergelijke detentie ook in overeenstemming is met de relevante bepalingen van het internationale mensenrechtenrecht.⁹⁵

⁸⁷ Zie Roberts supra n 7, 1694–1695, verwijzend naar onder meer *Escher et al tegen Brazilië* (IACtHR), paragraaf 127; *Shikhmuradov tegen Turkmenistan*, mededeling nr. 2069/2011, HRC (2015), paragraaf 6.2; *DH e.a. tegen Tsjechië*, aanvraag nr. 57325/00, EHRM (2007), punt 179.

⁸⁸ Kazazi supra n 53 op 338 ('het is niet juist om te zeggen dat het vaststellen van *prima facie* bewijs de bewijslast verschuift, aangezien dit zou betekenen dat de plicht van de eiser om aan de bewijslast te voldoen zou worden vervuld door het louter aantonen van een *prima facie* zaak, en dat het vanaf dat stadium de plicht van de verweerder zou zijn om de bewering van de eiser te weerleggen. De last die in feite wordt verschoven van de voorstander van de bewijslast naar de wederpartij is de bewijslast, en het is een misbruik van de term "bewijslast" om deze te gebruiken in plaats van de "bewijslast". De bewijslast blijft bij de voorstander totdat de bewering is bewezen.). Dit doet zich ook voor in strafprocedures met betrekking tot alibi's, provocaties en andere speciale verweren in strafprocedures; zie bijvoorbeeld Shane Darcy, 'Defences to International Crimes' in Schabas en Bernaz (red.), *Handbook of International Criminal Law* (2011) op 231–245.

⁸⁹ Ter vergelijking: in een strafzaak kan een beklaagde de bewijslast hebben om een verweer te bewijzen, zoals een alibi of ontoerekeningsvatbaarheid. Maar zelfs als hij of zij daar niet in slaagt, kan hij of zij toch succesvol zijn in de zaak als het Openbaar Ministerie er niet in slaagt een belangrijk element van het vergrijp te bewijzen.

⁹⁰ Zie daarentegen Roberts supra n 7 op 10 (waarin hij betoogt dat 'de verplichting om een *prima facie* zaak te presenteren en de bewijslast ten opzichte van de zaak als geheel twee verschillende zaken zijn').

⁹¹ Zie de huidige standaardformulering zoals uiteengezet in bijvoorbeeld 65/2022, paragraaf 89 en andere hierboven genoemde gevallen.

⁹² Dat dit de term is die in de rest van de huidige analyse de voorkeur krijgt en wordt gebruikt.

⁹³ WGAD 'Rapport van de Werkgroep inzake Willekeurige Detentie: Grondbeginselen en richtlijnen van de Verenigde Naties inzake rechtsmiddelen en procedures inzake het recht van eenieder die van zijn vrijheid is beroofd om een procedure bij het Hof aanhangig te maken' VN Doc A/HRC/30/37 (Grondbeginselen van de Verenigde Naties), Bijlage, paragraaf 21.

⁹⁴ Grondbeginselen van de Verenigde Naties, beginsel 13; Mazzinghy supra n 7 op 85–86.

⁹⁵ Zie adviezen nr. 1/1998, punt 13; nr. 82/2018, paragraaf 25; Nr. 36/2019, paragraaf 33; nr. 42/2019, punt 43; Nr. 51/2019, paragraaf 53; nr. 56/2019, paragraaf 74; Nr. 76/2019, paragraaf 36; Nr. 6/2020, paragraaf 36; Nr. 13/2020, paragraaf 39; Nr. 14/2020, paragraaf 45; en nr. 32/2020, paragraaf 29.

De juridische bewijslast verschilt conceptueel van de algehele bewijslast die een eiser draagt zijn geval. De verplichting voor een regering om een gerechtvaardigde basis voor detentie aan te tonen bestaat ongeacht of er een rechtszaak loopt. In dit licht bezien bestaat de juridische last zowel binnen en buiten de context van het proces.

Als uitvloeisel van deze wettelijke verplichting kan de overheid verdere verplichtingen voor zichzelf opleggen. Als de overheid bijvoorbeeld beweert dat vertragingen in een zaak te wijten zijn aan de complexiteit van procedures, moet het bestaan en de omvang van die complexiteit bewijzen.⁹⁶ In dit verband moet de De wettelijke verplichting voor de overheid om de detentie te rechtvaardigen lijkt toe te nemen met de duur van de detentie van de aanhouding.⁹⁷

5. INZICHTEN UIT DE TOEPASSING VAN DE *PRIMA FACIE* VAN DE WERKGROEP AANPAK IN DE PRAKTIJK

De benadering van bewijsmateriaal door de Werkgroep is nu in grote lijnen vastgelegd.⁹⁸ Hoewel die sequentiële aanpak relatief stabiel was, is de manier waarop elke kant kan Het nakomen van zijn verplichtingen is flexibeler en casusspecifiek. Er is geen gedetailleerde regelgeving met betrekking tot de soorten materialen of informatie die de bron⁹⁹ en de overheid kunnen indienen.¹⁰⁰ DeWerkende De groep verzoekt dat klagers het modelvragenlijstformulier invullen, dat beschikbaar is op haar website.¹⁰¹ Daar wordt gevraagd om biografische gegevens, de details van de arrestatie en eventuele procedures en de geboden rechtsmiddelen en vraagt waarom een of meer van de vijf categorieën zijn geschonden. dat 'kopieën van documenten die het willekeurige karakter van de arrestatie of detentie bewijzen, of die helpen om de specifieke omstandigheden van de zaak te begrijpen, evenals alle andere relevante informatie, kunnen ook bij deze vragenlijst worden gevoegd. De werkgroep hanteert echter een limiet van 20 pagina's. op inzendingen, inclusief bijlagen.¹⁰² Dit weerspiegelt het feit dat de Werkgroep ernaar streeft zoveel mogelijk gevallen vaststellen en ze toch voldoende geïndividualiseerde behandeling geven, evenals het feit dat het zich niet bezighoudt met strafzaken en geen strafrechtelijk mandaat heeft.¹⁰³ Afgezien van deze meer formele aspecten van de indiening zijn er geen specifieke vereisten met betrekking tot de soorten materialen die kunnen worden ingediend, en de Werkgroep kan rekening houden met van andere materialen dan die welke door de partijen zijn ingediend, zoals rapporten van andere speciale procedures en verdragsorganen van de Verenigde Naties.¹⁰⁴

Bronnen hebben dan ook een ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot de materialen die zij aanleveren. Sommige partijen geven gedetailleerde beschrijvingen van de relevante gebeurtenissen en procedurele stappen. Anderen hebben een algemene overzicht en vervolgens specifieke documenten bijgevoegd. De documenten kunnen bestaan uit officiële rechtbankdocumenten, dossiers, medische rapporten of getuigenverklaringen, maar ook foto's, diagrammen en zelfs video's. In tegenstelling tot rechtbanken is er geen toets voor de toelaatbaarheid van dit materiaal.¹⁰⁵ Deze flexibele reikwijdte is een

⁹⁶ Advies nr. 48/2005, paragraaf 22 ('de bewijslast voor het aantonen dat een zaak bijzonder complex was, *rust op de* (cursivering toegevoegd).

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Advies nr. 70/2019, par. 66.

⁹⁸ WGAD, *supra* n 18 para 68.

⁹⁹ Wat betreft de vraag wie een klacht mag indienen, de Werkgroep ontvangt deze van de betrokken personen, hun families, hun vertegenwoordigers of niet-gouvernementele organisaties voor de bescherming van de mensenrechten, van regeringen en intergouvernementele organisaties.

¹⁰⁰ De Werkgroep hanteert een standaard indieningsformulier. Bronnen worden aangemoedigd dit te gebruiken.

¹⁰¹ Beschikbaar op: www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-arbitrary-detention/complaints-and-urgent-appeals [laast geraadpleegd op 23 november 2023].

¹⁰² WGAD, *Werkmethoden*, *supra* n 52, para 11.

¹⁰³ Zie *Velásquez Rodríguez tegen Honduras*, zaak nr. 7920, IACtHR(1988), punt 135; *Godínez Cruz tegen Honduras*, zaak nr. 8097, IACtHR (20 januari 1989), paragraaf 140; *Mathew tegen Nederland*, zaak nr. 24919/03, EHRM (15 februari 2006), paragraaf 156; geciteerd in *Roberts supra* n 7 op 1682 ('mensenrechtenclaims zijn geen criminele claims, en dat een criminele benadering van bewijsvoering kwesties is ongepast - een respondentstaat is op geen enkele manier een strafrechtelijke verdachte).

¹⁰⁴ *Velásquez Rodríguez tegen Honduras*, zaak nr. 7920, IACtHR(1988), punt 135.

noodzakelijke weerspiegeling van het brede mandaat van de Werkgroep,¹⁰⁶ maar komt ook voort uit de menselijke etiologie van de rechten, waarbij bronnen vaak niet juridisch geschoold zijn en mogelijk geen toegang hebben tot officiële documenten en middelen om getuigenverklaringen af te nemen. Op basis van het ingediende materiaal heeft de Werkgroep De groep hanteert een holistische benadering, waarbij de groep in zijn geheel benaderd wordt om zijn standpunten te bereiken. De Werkgroep somt doorgaans het bewijsmateriaal op waarop zij zich baseert bij het onderzoeken van een bewering. en benadrukt de belangrijkste feiten waarop het zich baseert bij het bepalen of een verslag geloofwaardig is, draagt bij aan haar geloofwaardigheid en transparantie, in lijn met het juridische aspect van haar mandaat.¹⁰⁷

Advies nr. 68/2020 (de heer Walid El Batal tegen Marokko) illustreert de visie van de Werkgroep beoordeling van bewijs binnen de *prima facie*- benadering. De bron heeft een video van El ingediend. De arrestatie van Batal toont aan dat hij is aangevallen, naast beschuldigingen van marteling door politietroepen.¹⁰⁸ In het ontbreken van enige informatie die de juistheid van de ontkenningen van de regering zou kunnen bevestigen dat Als er sprake was van marteling, was de werkgroep van mening dat de bron geloofwaardige beschuldigingen had geuit en dat de regering geen bewijs van het tegendeel heeft geleverd, zoals de bevindingen van medische deskundigen met betrekking tot de verwondingen die de heer El Batal heeft opgelopen.¹⁰⁹ De werkgroep heeft ook nam kennis van de verklaring van de regering dat er vervolgingen wegens geweld waren ingesteld tegen meerdere politieagenten als bewijs dat de beschuldigingen van de heer El Batal over politiegeweld niet waar waren ongegrond.¹¹⁰ Bovendien heeft de Werkgroep geen substantieel gewicht toegekend aan de De simpele ontkenningen van de regering dat de heer El Batal op discriminatoire gronden werd vastgehouden. het verwees naar een wijdverbreide praktijk van discriminatie tegen Saharaanse individuen om te bepalen dat zijn rol als journalist en mensenrechtenverdediger voor de zelfbeschikking van het volk van Westelijke Sahara waren de werkelijke oorzaken van zijn gevangenschap, waardoor deze willekeurig was.¹¹¹

De zaak El Batal is een voorbeeld van het beoordelen van specifieke bewijsstukken tegen de achtergrond van een breder patroon van discriminatie en mishandeling. De verschillende quasi-juridische mensenrechten De instanties die hier worden besproken, worden vaak geconfronteerd met soortgelijke paradigma's.¹¹² De werkgroep van benadering, waarbij casusspecifiek bewijsmateriaal wordt beoordeeld, terwijl ook rekening wordt gehouden met de bredere context van om louter beweringen te ondermijnen dat de bron het verhaal heeft verzonnen, weerspiegelt zowel de juridische en mensenrechtenontologieën. Het biedt een verdedigbaar model voor andere quasi-juridische mensenrechten. mensenrechtenorganisaties met een dubbel mandaat bij het aanpakken van vergelijkbare scenario's.

Een probleem dat zich af en toe voordoet, is de kwestie van stilzwijgende aanvaarding. In gevallen waarin de overheid betwist de *op het eerste gezicht* geloofwaardige beweringen van de auteur niet, de Werkgroep dringt er vaak op aan dat alle conclusies worden getrokken bij gebrek aan een reactie van de overheid gedurende het hele proces. haar adviezen.¹¹³ De Werkgroep heeft bij minstens één gelegenheid procedureel geïnterpreteerd dit stilzwijgen is een stilzwijgende instemming met de in de aanvraag vermelde feiten.¹¹⁴ Bovendien zal de Werkgroep in gevallen waarin regeringen te laat hebben gereageerd, doorgaans: accepteert deze niet op dezelfde manier als naar behoren ingediende reacties (overeenkomstig haar Methoden). van Werk) maar mag nog steeds substantieel bewijsmateriaal daarin gebruiken om de beweringen van eisers te beoordelen en

¹⁰⁵ In dit opzicht is de Werkgroep vergelijkbaar met het EHRM, dat heeft geoordeeld dat 'in de procedure voor het Hof "Er bestaan geen procedurele belemmeringen voor de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal"; *El-Masri tegen de voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, paragraaf 151. Vergelijk het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, artikel 69.

¹⁰⁶ Zie Genser en Winterkorn-Meikle, supra n 7 op 107.

¹⁰⁷ Zie American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law (2021), *The Jurisprudence and methods of the Werkgroep van de Verenigde Naties inzake willekeurige detentie (2015-2018): een inleiding voor beoefenaars*, 15.

¹⁰⁸ Advies nr. 68/2020, punten 5 en 64.

¹⁰⁹ Advies nr. 68/2020, punten 64 en 77.

¹¹⁰ Advies nr. 68/2020, par. 80.

¹¹¹ Advies nr. 68/2020, punten 72 en 86–89.

¹¹² Zie de bespreking van de benaderingen die andere quasi-juridische mensenrechtenorganen hanteren in paragraaf 6.

¹¹³ Zie bijvoorbeeld de adviezen nrs. 41/2013, 67/2017, 88/2017, 27/2022.

haar mening te geven, indien zij dit passend acht.¹¹⁵ Dit weerspiegelt het belang dat zij hecht aan over de procedure van tegenspraak.¹¹⁶

Een ander probleem dat zich vaak voordoet, heeft betrekking op verzoeken om de toereikendheid van het bewijsmateriaal te beoordelen. In dit verband heeft de Werkgroep herhaaldelijk opgemerkt dat:

'dit zijn gebieden die buiten de bevoegdheid van de Werkgroep vallen. Het is niet aan de Werkgroep om de feiten en het bewijsmateriaal in een bepaalde zaak te evalueren of om zichzelf in de plaats te stellen van de binnenlandse beroepsrechtbanken.'¹¹⁷

Als internationaal orgaan dat mensenrechtenclaims beoordeelt, is de Werkgroep niet uitgerust om volledige dossiers met bewijsmateriaal dat in binnenlandse procedures is ingediend, te beoordelen. Tegelijkertijd herinnert het eraan dat het de nationale procedures moet beoordelen om te bepalen of deze in overeenstemming zijn aan de internationale normen voor mensenrechten.¹¹⁸ Dit is een fijne nuance, die lastig kan zijn uitdagingen, vooral als het gaat om overwegingen van een eerlijk proces die niet expliciet overeenkomen die welke beschermd worden door het internationale recht, maar nauw met elkaar verbonden zijn, zoals de macht van bepaalde overheidstakken om zich met strafrechtelijke procedures te bemoeien.¹¹⁹

Wat betreft de beoordeling van het bewijsmateriaal kunnen de zaken van de Werkgroep die zijn afgewezen zonder dat er een schending werd vastgesteld, leerzaam zijn. Het gaat onder meer om zaken waarin de Werkgroep een schending heeft vastgesteld. onvoldoende bewijs uit de bron,¹²⁰ inclusief 'geen tastbaar bewijs',¹²¹ tegenstrijdigheden in het bewijsmateriaal dat door de bron is geleverd,¹²² onverenigbaar bewijsmateriaal dat door de bron is geleverd ten opzichte van substantieel bewijs geleverd door de overheid,¹²³ de bron spreekt de verklaringen niet tegen verstrekt door de overheid,¹²⁴ en bewijsmateriaal van zowel de bron als de overheid het simpelweg niet aantonen dat de regering er niet in slaagt de internationale normen na te leven.¹²⁵

In haar bevindingen heeft de Werkgroep aangegeven dat de specificiteit van de aanpak van de overheid reactie is een belangrijke factor. Waar de regering de juridische en feitelijke grondslagen voor de detentie, heeft dit geleid tot een afwijzing van de beweringen van de bron.¹²⁶ In dit opzicht heeft de Werkgroep bijvoorbeeld in de zaak *Khaled Kaddar tegen Marokko* de specifieke aard van de reacties van de regering, die in contrast stonden met de vage beweringen van de bron. achtte de reactie van de regering voldoende, aangezien deze zowel de specifieke redenen voor de arrestatie bestreek, gaf een gedetailleerde beschrijving van de procedures tijdens het proces en gaf een lijst van de bescherming die de gedetineerde geniet in elke fase van de detentie.¹²⁷

Terwijl het internationale strafrecht de formele doctrine van *in dubio pro reo* heeft omarmd, (waarbij elke twijfel in het voordeel van de gedaagde moet uitvallen),¹²⁸ heeft de Werkgroep niet

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld Advies nr. 27/2022, paragrafen 43–44 (met inachtneming van de aanvullende informatie die Oman heeft ontvangen en uiteindelijk rekening houdend met Er is onvoldoende informatie om vast te stellen dat Oman de rechten van het individu heeft geschonden. Zie ook Advies nr. 79/2017, 4/2021.

¹¹⁶ WGAD supra n 12.

¹¹⁷ WGAD supra n 12 op 6. Zie ook 27/2019 (review), paragraaf 83. Op dezelfde manier heeft het Afrikaanse Hof voor de Rechten van de Mens en de Volkeren geoordeeld in *Robert John Pennessis tegen Tanzania*, Application 13/2015 (grondslag en herstel) 28 november 2019 (Pennessis), paragraaf 32 dat het niet optreedt als een toezichthoudend hof van nationale bevindingen, maar voegde eraan toe dat dit niet verhindert dat het de procedures toetst in nationale rechtbanken om te beoordelen of de zaak in overeenstemming is met de verplichtingen die voortvloeien uit het Afrikaans Handvest en aanverwante instrumenten.

¹¹⁸ WGAD supra n 12 op 6. Zie ook 27/2019 (review), paragraaf 83.

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld Djema'a el Seyed Suleymane *Ramadhan tegen Egypte* (advies nr. 18/2008); Advies *Paul Rusesabagina tegen Rwanda* Nr. 81/2021.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld de adviezen nrs. 20/2004, 40/2017 en 14/2022, par. 85.

¹²¹ Advies nr. 19/2021.

¹²² Advies nr. 28/2007, par. 24.

¹²³ Zie Adviezen nrs. 39/2006, 44/2006 en 38/2021.

¹²⁴ Advies nr. 28/2007, par. 25.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld de adviezen nrs. 12/2007, 73/2017 en 17/2018.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld Advies nr. 31/1999; Genser supra n 7 (2020) op 444.

¹²⁷ Advies nr. 68/2012, paragrafen 12-26, geciteerd in ibid op 443.

¹²⁸ *The European Court of Human Rights*, 1998, par. 49.

Dat principe is overgenomen. Zo heeft de Werkgroep bijvoorbeeld het argument van een klager behandeld dat de datum van een vonnis aangaf dat de zaak al beslist was, aangezien de datum voorafging aan de uitspraak van het vonnis. datum van de behandeling van de zaak. Het verklaarde dat het de mogelijkheid niet kon 'uitsluiten' dat de datum was een simpele vergissing.¹²⁹ Omgekeerd zou het in een strafzaak aan het Openbaar Ministerie liggen (equivalent aan de staat) om een aanzienlijke datumafwijking aan te pakken (waaruit mogelijk blijkt dat de rechters (een kwestie vooraf vastgesteld) en de rechtbank ervan overtuigen dat het slechts een fout was en niet iets anders meer onwettig).¹³⁰

Aan de andere kant stelt de Werkgroep, waar er onvoldoende informatie is, doorgaans: dat het 'niet in staat is' een betwiste bewering te beoordelen, vooral als het gaat om naleving van het nationale procesrecht.¹³¹ De Werkgroep heeft ook bij gelegenheid benadrukt dat de bevindingen specifiek zijn voor de feiten van elk geval en dat de mogelijkheid niet wordt uitgesloten dat soortgelijke omstandigheden willekeurig kunnen zijn in verschillende omstandigheden.¹³²

Hoewel de Werkgroep geen schending zal vaststellen als er geen geloofwaardige basis is om dit te doen, is het Het is belangrijk dat het de nadelen voor slachtoffers (en hun vertegenwoordigers) niet vergroot. waarmee ze vaak te maken krijgen bij het verkrijgen van bewijsmateriaal over de mishandeling en schendingen die tegen hen zijn gepleegd.¹³³ Arrestatie- en aanklachtformulieren, medische dossiers en documentatie met betrekking tot klachten over Onrechtmatige detentie zal soms redelijkerwijs niet toegankelijk zijn voor het slachtoffer. In sommige gevallen, Deze materialen zullen opzettelijk worden ontkend of vernietigd, of zelfs nooit worden gecreëerd, juist omdat van het willekeurige karakter van de detentie. In dit licht mag de Werkgroep het belang van de detentie niet uit het oog verliezen. zijn mensenrechtenontologie, en moet aandringen op de bewijslast en juridische lasten, zoals besproken hierboven, die op de regering rusten indien de bron aantoont dat er sprake is van een *schijn van bewijs*.

De Werkgroep houdt zich bezig met onafhankelijke feitencontrole in het kader van haar reguliere communicatie procedure. Hoewel het heeft verklaard dat het niet zijn rol is om een binnenlandse feitenonderzoeker te vervangen, doet het dat wel. Houd bij de evaluatie van feitelijke verhalen van partijen rekening met verschillende betrouwbare bronnen.¹³⁴ Verder De Werkgroep lijkt, verwijzend naar haar jurisprudentie en bevindingen uit landenbezoeken, Er wordt steeds vaker verwezen naar informatie van derden. Er kan worden verwezen naar rapporten van andere VN-organen. het ingaan op dezelfde of soortgelijke gevallen of andere betrouwbare bronnen over relevante ontwikkelingen op een specifiek geval.¹³⁵ Evenzo kan het verwijzen naar gezaghebbende bronnen die historische discriminatie en opkomende patronen van mensenrechtenschendingen met willekeurige ontneming aantonen van vrijheid.¹³⁶ Dit heeft het potentieel om bij te dragen aan de inspanningen van de Werkgroep om coördinatie binnen het VN-systeem. Het is niet inherent inconsistent met de flexibele opstelling ervan. bij het toepassen van de *prima facie*-benadering, gebaseerd op het beoordelen van de 'totaliteit van de omstandigheden', maar moet worden uitgeoefend met gepaste aandacht voor het contradictoire karakter van de procedures.¹³⁷

6. HET OPBOUWEN VAN DE IMPETUS NAAR CONSISTENTIE TUSSEN QUASI-JURIDISCHE MENSENRECHTENMECHANISMEN

Gezien hun vergelijkbare tweeledige ontologieën, die het domein van de rechtspraak en de mensenrechten omspannen, De aanpak van de werkgroep moet grotendeels aansluiten bij de praktijk van andere VN-organisaties. quasi-rechterlijke organen.¹³⁸ Hoewel deze organen verschillende inhoudelijke concentraties hebben,

¹²⁹ Zie Advies nr. 27/2019 (herziening), paragraaf 90.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld het Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof, artikel 66(3).

¹³¹ Zie adviezen nr. 27/2019 (evaluatie), punten 92 en 95; Nr. 40/2017, paragraaf 54.

¹³² Zie bijvoorbeeld Advies nr. 32/2016 over de willekeur van preventieve hechtenis.

¹³³ Zie supra met betrekking tot de toegang van de overheid tot documenten en details van de procedures die op gedetineerden worden toegepast.

¹³⁴ Genser supra n 7 bij Deel III.

¹³⁵ Zie bijvoorbeeld de adviezen nrs. 67/2017, 88/2017 en 68/2020.

¹³⁶ Zie bijvoorbeeld de adviezen nrs. 28/2016, 69/2017, 88/2017, 28/2018 en 56/2019.

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld Advies nr. 54/2015, par. 98.

¹³⁸ Zie voor de oprichting en de aard van deze lichamen Rodley supra n 10 op 5. Over het eveneens tegenstrijdige karakter van de Procedures van de Werkgroep en de procedures van de VN-organisaties, zie Villalpando supra n 7 en 91-94.

allemaal voorstander van contradictoire procedures en moeten allemaal feiten vaststellen voordat ze de wet kunnen toepassen.¹³⁹ Het hebben van een betrouwbare aanpak voor het vaststellen van feiten is belangrijk, ongeacht welk verdrag of ander recht wordt toegepast. Er is geen duidelijke reden voor deze instanties om verschillende benaderingen en normen te hanteren bij het vaststellen van feiten.¹⁴⁰ Het garanderen van grotendeels consistente benaderingen van feitenonderzoek zal helpen forum shopping door de partijen te ontmoedigen, waarbij zij mensenrechteninstellingen selecteren om hun zaken in behandeling te nemen op basis van verschillende percepties van de toegepaste lasten en normen. Het zal ook pogingen beperken om mensenrechteninstellingen in diskrediet te brengen door te wijzen op inconsistente normen die worden toegepast en mogelijk inconsistente uitkomsten die in

vergelijkbare zaken worden bereikt.¹⁴¹ Een verschuiving naar een consistente aanpak van feitenonderzoek in quasi-gerechtelijke mensenrechteninstanties zou complementariteit en samenhang van redeneringen op het gebied van mensenrechten in alle organen van de Verenigde Naties mogelijk maken. Zoals de Werkgroep zelf heeft gesteld: '[zij] verwijst naar haar eigen jurisprudentie en naar die van andere mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties [...] [o]mdat] bijvoorbeeld de mededelingen, algemene commentaren en rapporten van het Mensenrechtencomité en het Comité tegen Foltering gezaghebbende bronnen zijn voor de interpretatie van hun respectieve verdragen en voor de beschikbare rechtsmiddelen.'¹⁴² Deze benadering 'weerspiegelt een bredere praktijk van kruisbestuiving tussen gerechtelijke en quasi-gerechtelijke organen op nationaal, regionaal en internationaal niveau.'¹⁴³ Het aanmoedigen van deze verschuiving naar grotere consistentie is belangrijk voor de voorspelbaarheid en legitimiteit van de toepassing van het internationaal recht inzake de mensenrechten.

Overkoepelend gezien hanteren alle onderzochte instanties een flexibele benadering van bewijsvoering, ook al hebben niet alle instanties duidelijke uitspraken gedaan over wanneer en onder welke omstandigheden de bewijslast naar de overheid zou verschuiven. Ze lijken het er ook grotendeels *mee eens te zijn* dat er doorgaans sprake is van een ongelijkheid in de procesvoering in zaken waarbij individuen mensenrechtenschendingen aanvoeren, wat rechtvaardigt dat de bewijslast naar overheden wordt verschoven zodra de klagers een *prima facie*-bewijs hebben geleverd. Met uitzondering van de Werkgroep, leggen veel van deze organen hun benadering van bewijslast echter niet expliciet vast. De consistentie en verdedigbaarheid van de praktijk van de quasi-gerechtelijke mensenrechtenorganen zou worden vergroot door de benadering van de Werkgroep te repliceren, die haar benadering van bewijslasten routinematig en expliciet vastlegt. Voor organen met een geformaliseerde ontvankelijkheidsprocedure zou die stap *mutatis mutandis* gelijkstaan aan de toepassing door de Werkgroep van de initiële *prima facie*-drempeltoets. In verschillende van deze organen is een *prima facie*-drempel effectief opgenomen in de ontvankelijkheidsfase van de procedure, maar niet expliciet vermeld. Als gevolg hiervan is er in dit opzicht aanzienlijke variatie tussen instellingen, wat leidt tot ondoorzichtigheid en mogelijk uiteenlopende uitkomsten voor vergelijkbare zaken.

Bij de regionale mensenrechtenorganen lopen de bewijslast en de bewijsbenadering aanzienlijk uiteen. Voor het IACtHR rust de bewijslast bij de eiser, de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens.¹⁴⁴ Het IACtHR heeft echter geen specifieke bewijsstandaard vastgesteld, afgezien van een verwijzing naar het ontbreken van formalisme en het feit dat het bewijs 'als geheel en rationeel' beoordeelt.¹⁴⁵ Bij het EHRM

¹³⁹ Zie Viljoen supra n 7, 81-84.

¹⁴⁰ Zie supra over de postmodernistische kritiek op het begrip objectieve feiten.

¹⁴¹ Zie Connors en Shah, op 412.

¹⁴² WGAD, supra n 18 para 66.

¹⁴³ WGAD, supra n 18, par. 66. Het EHRM heeft een mix van uitspraken over de bewijslast en de norm, variërend van de bewering dat het aan de eiser is om buiten redelijke twijfel te bewijzen tot de bewering dat het aan beide partijen is zonder duidelijke norm. Dit maakt het moeilijk om een vergelijking te maken, behalve om te stellen dat het EHRM baat zou hebben bij systematisering; zie Roberts supra n 7, p. 9.

¹⁴⁴ I/A Hof HR, zaak Godínez Cruz. Arrest van 20 januari 1989, punt 129.

¹⁴⁵ I/A Court HR, *Zaak van de Mayagna (Sumo) Awas Tingni-gemeenschap tegen Nicaragua*. Arrest van 31 augustus 2001, punten 80-82. *Rechtspraak* n 4 bijl. 65-66.

De verdeling van de last varieert afhankelijk van de context van de zaak.¹⁴⁶ Hoewel het heeft beweerd dat haar standaard buiten redelijke twijfel staat, haar praktijk varieert en zich hier niet aan houdt een consistente standaard.¹⁴⁷ Het Europese Hof heeft inderdaad soms een norm die dicht bij die van de Werkgroep ligt, met name in de context van discriminatie.¹⁴⁸

Bij het Afrikaanse Hof voor de Rechten van de Mens en de Volkeren rust de bewijslast doorgaans op de schouders van een partij het beweren van een feit.¹⁴⁹ Deze sequentiële aanpak komt effectief overeen met die van de Werkgroep, waarbij de aanvrager die een feit wil bewijzen, een *schijn van bewijs* moet aantonen en vervolgens de verantwoordelijkheid verschuift naar de regering om dit aan te pakken.¹⁵⁰ Ook passend bij de Werkgroep, de Het Afrikaanse Hof heeft een uitzondering erkend, ongeacht of de middelen om de bewering te verifiëren 'waarschijnlijk door de staat worden gecontroleerd', in welk geval de last wordt gedeeld.¹⁵¹ De Afrikaanse De Commissie heeft het standpunt ingenomen dat de verwerende staat zaken moet bewijzen zoals de nationaliteit van een aanvrager, indien deze wordt betwist.¹⁵² Wat betreft de normen lijkt het Afrikaanse Hof een overwicht aan bewijsmateriaal toepassen, maar ook 'overtuigend' bewijsmateriaal nodig hebben.¹⁵³

Onder de op verdragen gebaseerde quasi-rechterlijke organen van de Verenigde Naties en andere soortgelijke panels¹⁵⁴ bevinden zich de Het Comité voor de Rechten van de Mens (HRC) hanteert een brede benadering in zijn oprichtingsdocumenten. Volgens het Optioneel Protocol 1 van het ICCPR moeten communicaties worden beschouwd 'in het licht van alle schriftelijke informatie die door het individu en door de betrokken staatspartij aan haar ter beschikking is gesteld'.¹⁵⁵ De HRC heeft herhaaldelijk gesteld dat de bewijslast niet alleen bij de bron kan rusten, vooral gezien het feit dat de bron en de betrokken regering(en) mogelijk niet gelijkwaardig zijn toegang tot de relevante informatie en dat, in het algemeen, regeringen die zich aan de regel houden van de wet zouden hun acties moeten kunnen documenteren.¹⁵⁶ Sommige commentatoren en respondenten regeringen hebben deze aanpak bekritiseerd, en met name de HRC, omdat deze niet altijd wordt toegepast de verschuiving van de bewijslast op consistente wijze en het nemen van een zogenaamde 'standaardbeslissing'.¹⁵⁷ Voor Zo heeft de verweerder in de zaak *Bleier Lewenhoff tegen Uruguay* de overhaaste conclusie betwist en beschuldigde de HRC van onwetendheid over de rechtsregels met betrekking tot het vermoeden van onschuld. De HRC antwoordde dat zij zich strikt aan het beginsel van *audiatur et altera pars* had gehouden en

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld *Nachova en anderen tegen Bulgarije* [GC] (Aat nrs. 43577/98 en 43.579/98), paragraaf 147; O'Boyle, 'Bewijs: Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (2018) *The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, paragraaf 27.

¹⁴⁷ *Adali v Turkije*—38,187/97, 31 maart 2005, paragraaf 216 ('voor het Hof is de vereiste bewijsstandaard voor de het doel van het Verdrag is dat van 'buiten redelijke twijfel'); *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*, arrest van 18 januari 1978, Serie A nr. 25, op 65, paragraaf 161) (het Hof beschrijft dit echter als vervuld door een 'coëxistentie van voldoende sterke, duidelijke en overeenstemmende gevolgtrekkingen of soortgelijke niet-weerlegde feitelijke veronderstellingen', paragraaf 161. Zie ook Bicknell, 'Uncertain Zekerheid?: De bewijsstandaard van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens begrijpen (2019) 8 *Internationale mensenrechten Juridisch tijdschrift* 155.

¹⁴⁸ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, DH en *anderen tegen Tsjechië* (aanvraag nr. 57325/00), arrest van 13 november 2007, paragraaf 189 (waarin wordt opgemerkt dat zodra de aanvrager een weerlegbaar vermoeden aantoonde dat het effect van een maatregel of praktijk Als het verschil in behandeling discriminerend is, verschuift de bewijslast naar de verwerende staat, die moet aantonen dat het verschil in behandeling niet discriminerend is. discriminerend').

¹⁴⁹ *Robert John Penennis v Tanzania*, Application 13/2015 (grondslag en herstel) 28 november 2019 (Penennis), paragraaf 91; *Kennedy Owino Onyachi v Verenigde Republiek Tanzania*, (inhoudelijke gronden), paragraaf 142.

¹⁵⁰ Penennis supra n 149 in paragraaf 96.

¹⁵¹ *Kennedy Owino Onyachi v Verenigde Republiek Tanzania* (inhoudelijke gronden), paragraaf 143; Penennis supra n 149 paragraaf 93.

¹⁵² *Instituut voor Mensenrechten en Ontwikkeling in Afrika (namens de Nubische Gemeenschap in Kenia) v Kenia*, Communicatie, 31, par. 151; *Amnesty International v Zambia*, Mededeling 212/98, par. 41.

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld *Anudo Ochieng Anudo tegen de Verenigde Republiek Tanzania*, aanvraagnummer 012/2015, Afrikaans Hof voor de Rechten van de Mens en Rechten van het volk (2018), paragrafen 80 en 88.

¹⁵⁴ Merk op dat er in het desbetreffende verdrag ook wordt verwezen naar een Comité voor de Rechten van Migrantenarbeiders, maar dat wordt in dit artikel niet behandeld.

¹⁵⁵ Optioneel Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 5.

¹⁵⁶ *Shikmuradov tegen Turkmenistan*, Comm. Nr. 2069/2011, HRC (2015) paragraaf 6.2. Zie ook *Bleier tegen Uruguay*, Aat nr. 30/1978, HRC (1982) paragraaf 13.3; *Telitsina tegen Russische Federatie*, Comm. nr. 888/1999, HRC (2004), paragrafen 7.5-7.6; *Medjnoune tegen Algerije*, Comm. nr. 1297/2004, HRC (2006) paragraaf 8.3; *El Hassy tegen Libisch-Arabisch Jamahiriya*, Comm. nr. 1422/2005, HRC (2007) paragraaf 6.7; *Il Khwilyd tegen Libië*, Comm. nr. 1804/2008, HRC (2012) paragraaf 7.2; *Al Khazmi tegen Libië*, Comm. nr. 1832/2008, HRC (2013) paragraaf 8.2; *Mufteh Younis Mufteh Al-Rabassi tegen Libië*, Comm. Nr. 1860/2009, HRC (2014) paragraaf 7.2.

¹⁵⁷ *Vermeulen, Gedwongen verdwijning: het bepalen van de verantwoordelijkheid van de staat onder het Internationaal Verdrag voor de bescherming van*

de staat ruimschoots de gelegenheid om informatie te verstrekken en het door de rechtbank gepresenteerde bewijsmateriaal te weerleggen. auteurs.¹⁵⁸ Met andere woorden, wanneer de beweringen die in een mededeling worden gepresenteerd onbetwist zijn of worden weerlegd door algemene uitspraken, geeft de HRC 'passend gewicht' aan deze beweringen op de verdiensten 'voor zover ze onderbouwd zijn'.¹⁵⁹

Het Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (CmESCR) lijkt een 'redelijkheids'-toetsingsmaatstaf, die een verschuiving van de bewijslast naar de staat ondersteunt zodra een Er is een *schijnbare* schending vastgesteld.¹⁶⁰ De CmESCR erkent hiermee dat de staat kan een reeks mogelijke beleidsmaatregelen aannemen voor de implementatie van de rechten die in de het ICESCR en eist van hen simpelweg dat zij aantonen dat zij 'enige redelijke actie' hebben ondernomen.¹⁶¹ Bovendien, als een staat aanvoert dat hij niet over de middelen beschikt die nodig zijn om een recht uit het Verdrag na te komen, De CmESCR heeft vastgesteld dat de staat een dergelijk gebrek aan middelen moet aantonen en moet aantonen dat er alles aan is gedaan om alle middelen die tot haar beschikking staan te gebruiken om, als een zaak van van prioriteit, minimale verplichtingen die verbonden zijn aan het betreffende recht.¹⁶² De staat moet ook vaststellen dat het internationale hulp en samenwerking heeft gezocht en dat het, na dit te hebben gedaan, nog steeds niet in staat geweest de benodigde middelen te verkrijgen.¹⁶³ Met betrekking tot de uitputting van de binnenlandse rechtsmiddelen, past de CmESCR het equivalent van een verschuivende bewijslast toe.¹⁶⁴ Zodra een eiser een geloofwaardige bewering bevat dat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput of een uitzondering op de Deze vereiste is van toepassing als de staat de toelaatbaarheid wil betwisten op grond van het niet-uitputtend karakter van de aanvraag. het moet aantonen dat er in de praktijk een onuitgeputte rechtsgang beschikbaar zou zijn, en toereikend en effectief in de specifieke omstandigheden van het geval. Indien de Staten dergelijke maatregelen nemen, bewijs, verschuift de bewijslast terug naar de eiser om aan te tonen dat de door de staat geïdentificeerde rechtsmiddelen zijn uitgeput of er geldt een uitzondering op de regel. Deze verdeling van de bewijslast is vergelijkbaar met de aanpak van de HRC en weerspiegelt het besef dat de staat aanzienlijke voordelen geniet over de eiser in verband met de toegang tot bewijsmateriaal dat relevant is voor de uitputtingsvereiste. Dezelfde bewijslast lijkt te gelden voor verzoeken om voorlopige maatregelen: 'de informatie verstrekt door de [bron] moet het Comité in staat stellen om op het eerste gezicht vast te stellen dat er sprake is van een risico op onherstelbare schade en dat de mededeling toelaatbaar is'.¹⁶⁵

Het Comité tegen Foltering heeft verduidelijkt dat 'de bewijslast bij de auteur ligt van de communicatie, die een betoogbare zaak moet presenteren'.¹⁶⁶ Het past ook een omkering van de bewijslast, waarin staat: 'wanneer klagers zich in een positie bevinden waarin zij de zaak niet kunnen toelichten, in hun geval wordt de bewijslast omgedraaid en moet de betrokken staatspartij onderzoek doen

¹⁵⁸ *Bleier Lewenhoff tegen Uruguay*, Comm. 30/1978, HRC (1982), paragraaf 13.1.

¹⁵⁹ HRC, Jaarverslag 2009, paragraaf 138, beschikbaar op: www.refworld.org/docid/4cb3caa2.html [laatste geraadpleegd op 19 maart 2023].

¹⁶⁰ Optioneel Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (2008) Artikel 8(4); zie ook Commentaar van het ICJ op het Optioneel Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, op 80–84; Griffey, De 'redelijkheidstest': het beoordelen van schendingen van staatsverplichtingen onder het Optioneel Protocol bij de Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, *Human Rights Law Review*, deel 11, nummer 2, juni 2011, Pagina's 275–327.

¹⁶¹ Werkgroep, Verslag van de eerste sessie, 15 maart 2004, E/CN.4/2004/44 paragraaf 29.

¹⁶² Zie bijvoorbeeld Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (CmESCR), *Mohamed Ben Djazia en Naouel Bellili tegen Spanje*, Mededeling nr. 5/2015, VN-doc. E/C.12/61/D/5/2015 (2017). Voor commentaar op de behandeling door het Comité van bewijslasten in dat geval, zie Warwick, 'Unwinding Retrogression: Examining the Practice of the Committee on Economische, sociale en culturele rechten' (2019) 18 *Human Rights Law Review*, 467–490.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld CmESCR, General Comment No 12: The Right to Adequate Food (Art. 11) (1999) par. 17.

¹⁶⁴ Zie ESCR-Net, ESCR claimen bij de Verenigde Naties: een handleiding voor het gebruik van de OP-IESCR in strategische rechtszaken (2014) beschikbaar op: www.escr-net.org/sites/default/files/ESCR-NET-OP-Manual-FINAL.pdf [laatst geraadpleegd op 23 november 2023].

¹⁶⁵ Richtlijnen voor voorlopige maatregelen, beschikbaar op: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/Guidelines_on_Interim_Maatregelen.docx [laatst geraadpleegd op 23 november 2023].

¹⁶⁶ *X en Y tegen Zwitserland* (CAT/C/75/D/1081/2021), paragraaf 7.3. Zie ook Comité tegen Foltering, Algemeen Commentaar Nr. 4 (2017) over de implementatie van artikel 3 van het Verdrag in de context van artikel 22, lid 38, verwijzend naar *Sivagnanarat-nam tegen Denemarken* (CAT/C/51/D/429/2010), leden 10.5 en 10.6; *Mr. AR tegen Nederland* (CAT/C/31/D/203/2002), lid 10. 7.3; *Arthur Kasombola Kalonzo tegen Canada* (CAT/C/48/D/343/2008), paragraaf 9.3; *X tegen Denemarken* (CAT/C/53/D/458/2011), paragraaf 9.3; *WCD tegen Canada*, paragraaf 9.4; en *TZ tegen Zwitserland* (CAT/C/69/D/698/2015), paragraaf 9.4.

de beweringen en verifieer de informatie waarop de klacht is gebaseerd.¹⁶⁷ Terwijl de Het Comité tegen Foltering hecht 'aanzienlijk gewicht' aan de feitelijke bevindingen van de organen van de De betrokken staatspartij is niet gebonden aan dergelijke bevindingen en moet zijn eigen beoordeling maken van de informatie waarover zij beschikt, in het licht van alle omstandigheden die relevant zijn voor elk geval.¹⁶⁸ Ondanks deze duidelijke afspraken omvat het Comité tegen Foltering niet eenduidig deze opsomming van haar benadering in haar meningen, en voegt soms aanvullende uitleg toe over waaruit een 'argumenteerbare' zaak bestaat.¹⁶⁹ Bijgevolg, hoewel de benadering van de 'argumenteerbare basis' in brede zin komt overeen met de *prima facie*- benadering van de Werkgroep voor willekeurige detentie, haar jurisprudentie heeft in dit opzicht niet de expliciete consistentie van de Werkgroep.

Het Comité voor de Rechten van het Kind (CmRC) heeft de ongelijke toegang tot bewijsmateriaal opgemerkt waarmee de partijen te maken hebben, maar minder vaak kwesties inzake bewijsvoering in de jurisprudentie aan de orde heeft gesteld.¹⁷⁰ In een zaak waarin de staatspartij de ontvankelijkheid van de claim betwistte, verklaarde de CmRC dat 'de De auteurs van alle communicaties hebben hun beweringen voldoende onderbouwd en zijn overgegaan tot een onderzoek. In de discussie over de merites. Tijdens de beoordeling van de merites stelt de CmRC: 'als algemene In de regel valt het onder de jurisdictie van nationale instanties om de feiten en het bewijsmateriaal te onderzoeken en het interpreteren van het nationale recht, tenzij een dergelijk onderzoek of interpretatie duidelijk willekeurig is of tot een ontkenning van rechtspleging en onderzoekt het bewijsmateriaal niet actief.

Het Comité voor de Uitbanning van Discriminatie van Vrouwen (CEDAW) heeft ook een brede aanpak, waarbij communicatie wordt beschouwd 'in het licht van alle beschikbaar gestelde informatie' door of namens individuen of groepen van individuen en door de staatspartij.¹⁷² Het zou Er moet ook worden opgemerkt dat artikel 4 CEDAW-OP verschillende toelaatbaarheidscriteria bevat, waaronder de vervulling waarvan een voorwaarde voor de beoordeling van een mededeling in substantie vertegenwoordigt. Sommige van deze criteria maken een mededeling *op het eerste gezicht* onontvankelijk, terwijl andere moeten worden beoordeeld. waartoe het Comité heeft besloten. Bijvoorbeeld met betrekking tot de uitputting van nationale rechtsmiddelen, Het CEDAW stelde dat, als de staat beweert dat de bron er niet in is geslaagd de nationale rechtsmiddelen uit te putten, en verwijst naar rechtsmiddelen die door de bron uitgeput hadden moeten zijn, moet de staat zich ontdoen van de bewijslast en het verstrekken van een 'uitleg over hoe binnenlandse rechtsmiddelen zouden zijn toegepast' effectief in het veiligstellen van de rechten van de [bron].¹⁷³ Bovendien heeft het CEDAW erkend dat het voor vrouwen 'moeilijk, zo niet onmogelijk' kan zijn om bewijsstukken te verkrijgen ter ondersteuning van hun daden. hun beweringen,¹⁷⁴ maar dit leidt in de praktijk niet tot een consequent verschuivende bewijslast. In een recente zaak van mensenhandel heeft het Comité de bewijslast bij de bron gelegd en verwachtte van haar dat zij documenten zou overleggen waaruit bleek dat er in haar geval sprake was van stereotypen, af te wijken van zijn eigen eerdere praktijk.¹⁷⁵ In de context van asielaanvragen heeft het Comité heeft ook een uitdagende drempel gesteld voor het bewijs van een 'reëel, persoonlijk en voorzienbaar risico' op geweld en tot nu toe lijkt het erop dat alle individuele communicaties met betrekking tot asielzoekers zijn gevonden

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld *X en Y v Zwitserland* (CAT/C/75/D/1081/2021), paragraaf 7.3.

¹⁶⁸ Comité tegen foltering, supra n 166, paragraaf 20.

¹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld *TC v Peru* (CAT/C/75/D/930/2019), paragraaf 7.1 (zonder de verwijzing naar de auteur van de mededeling het leveren van een verdedigbare zaak); vgl. *JXFP v Australië* (C/75/D/770/2016), paragraaf 10.4 (waarin de verdedigbare zaak wordt uitgelegd als bestaande uit 'onderbouwde argumenten waaruit blijkt dat het gevaar van marteling voorzienbaar, aanwezig en persoonlijk is en echt').

¹⁷⁰ Zie bijvoorbeeld *DD tegen Spanje*, CRC (2019) CRC/C/80/D/4/2016, paragraaf 13.3.

¹⁷¹ WGAD, Adviezen nr. 114/2020, nr. 116/2020, nr. 117/2020 en nr. 118/2020, paragraaf 9.5.

¹⁷² Optioneel Protocol van 1999 bij het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (opengesteld voor ondertekening 6 oktober 1999, inwerkingtreding 22 december 2000) 2131 UNTS 83, Artikel 7.

¹⁷³ CEDAW, Standpunten aangenomen door het Comité krachtens Artikel 7 (4) van het Facultatief Protocol, betreffende communicatie Nr. 91/2015 (2017) CEDAW/C/68/D/91/2015, paragraaf 6.5.

¹⁷⁴ CEDAW, Standpunten aangenomen door het Comité krachtens Artikel 7 (3) van het Facultatief Protocol, betreffende communicatie Nr. 77/2014 (2017) CEDAW/C/67/D/77/2014, paragraaf 7.5. Het Comité verwees naar zijn Algemene Aanbeveling

Nr. 33 over de toegang van vrouwen tot het recht (3 augustus 2015), waarin staten worden opgeroepen de regels inzake bewijslast te herzien om ervoor te zorgen dat vrouwen toegang hebben tot het recht. Gelijheid tussen partijen op alle gebieden waar machtsverhoudingen vrouwen beroven van een eerlijke behandeling door de rechterlijke macht (paragraaf 15(g)).

¹⁷⁵ CEDAW, Standpunten aangenomen door het Comité krachtens Artikel 7 (3) van het Facultatief Protocol, betreffende communicatie Nr. 100/2017 (2021) CEDAW/C/69/D/100/2017, paragraaf 11.8.

niet-ontvankelijk, vooral vanwege het ontbreken van onderbouwing van hun vordering of het niet-uitputten van de binnenlandse rechtsmiddelen.¹⁷⁶

Het Comité voor de Uitbanning van Rassendiscriminatie (CERD), dat 'de eerste een internationaal verdragstoezichthoudend orgaan van zijn soort,¹⁷⁷ komt tot een oordeel over de merites van zaken 'in het licht van alle informatie en bewijsstukken die door de partijen aan haar zijn overgelegd, zoals vereist op grond van artikel 14 (7) (a) van het Verdrag'.¹⁷⁸ De adviezen bevatten echter geen expliciete paragraaf of een sectie waarin de aanpak wordt uiteengezet die wordt gehanteerd ten aanzien van bewijslasten en/of bewijsnormen. Voor de Met het oog op de toelaatbaarheid lijkt het erop dat het een *prima facie*-norm toepast, hoewel het niet uitdrukkelijk 179 Daarnaast heeft het opgemerkt dat 'het niet de taak van het Comité is om de

interpretatie van feiten en nationaal recht door nationale autoriteiten, tenzij de beslissingen zijn genomen kennelijk willekeurig was of op andere wijze neerkwam op een weigering van recht,¹⁸⁰ maar geen vaste aanpak van de verdeling van bewijslasten of de bewijsnormen die zij toepast.

Uit de recente jurisprudentie blijkt dat het een 'arguable case'-benadering hanteert, waarbij artikel 6 biedt bescherming aan vermeende slachtoffers als hun claims onder het Verdrag verdedigbaar zijn.¹⁸¹

Het Comité voor Gedwongen Verdwijningen (CED) neemt een standpunt in over de last van bewijs explicieter. Na te hebben gesteld dat 'er sprake is van berusting in de zin van artikel 2 wanneer er een bekend patroon is van verdwijningen van personen en de staat er niet in is geslaagd om de verdwijning te stoppen. noodzakelijke maatregelen om verdere verdwijningen te voorkomen, de daders te onderzoeken en op te sporen 'rechtvaardigheid',¹⁸² verklaarde de CED: '[i]n zulke gevallen rust op de staat de bewijslast dat er sprake was van geen instemming van zijn kant'.¹⁸³ De staat moet ook 'aantonen welke concrete maatregelen en de maatregelen die zij heeft genomen om de misdaad te voorkomen, te onderzoeken en te bestraffen, evenals de effectiviteit van dergelijke maatregelen in de praktijk'.¹⁸⁴ In de praktijk gaat de CED echter niet verder in op de verdeling van de 'bewijslast' in haar individuele communicatie.¹⁸⁵

Het Comité voor de Rechten van Personen met een Handicap lijkt het pad van de omkering van de bewijslast zodra de aanvragers voldoende bewijs hebben geleverd om hun standpunt te onderbouwen. Deze conclusie is gebaseerd op een bijna puur procedurele (in tegenstelling tot (tot een substantieel) probleem, verwijzend naar soortgelijke jurisprudentie van het EHRM en andere VN-instanties mensenrechtenorganisaties.¹⁸⁶ Hoewel het geen gestandaardiseerde uitdrukking in zijn bewijsstukken bevat, benadering heeft het CRPD blij gegeven van coherentie in zijn aanpak door geen schending te constateren van de rechten van het Verdrag.¹⁸⁷ Bovendien heeft het CRPD herhaaldelijk opgemerkt dat staten personen met een handicap ontheffen van de verplichting om aan te tonen dat een gewenste aanpassing niet zou voldoen een onevenredige of onredelijke last opleggen.¹⁸⁸ De bewijslast met betrekking tot redelijke De accommodatie rust dus bij de plichtdrager die beweert dat zijn of haar last zou worden

¹⁷⁶ Zie bijvoorbeeld CEDAW, Mededeling nr. 39/2012 (2014) CEDAW/C/57/D/39/2012. Zie ook de soortgelijke conclusie in Europees Centrum voor de Behartiging van de Rechten van de Mens, een gids voor het gebruik van het VN-CEDAW-comité en de speciale rapporteur voor Geweld tegen vrouwen in gevallen van gendergerelateerd geweld (bijgewerkt december 2022), beschikbaar op: <https://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2022/12/UN-CEDAW-en-SRVAW-gids-2022-ENG.pdf> [laatst geraadpleegd op 23 november 2023].

¹⁷⁷ Keane en Waughray, 'Inleiding', in Keane en Waughray (red.), *Vijftig jaar Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie: een levend instrument* (2017), 1–31, 1.

¹⁷⁸ CERD/C/91/D/53/2013 *Benon Pjetri tegen Zwitserland* (2016), paragraaf 7.1.

¹⁷⁹ Zie bijvoorbeeld het advies dat het Comité heeft aangenomen op grond van artikel 14 van het Verdrag, met betrekking tot mededeling nr. 62/2018. (Jallow), paragraaf 6.3.

¹⁸⁰ CERD/C/91/D/53/2013 *Benon Pjetri tegen Zwitserland* (5 december 2016), paragraaf 7.5.

¹⁸¹ *Zapescu tegen Moldavië*; CERD/C/106/D/61/2017, paragraaf 8.10.

¹⁸² CED, Verklaring over 'niet-statelijke actoren in de context van het Internationaal Verdrag ter bescherming van alle personen tegen Gedwongen verdwijningen', CED/C/10, paragraaf 7.

¹⁸³ *Ibid.*, paragraaf 8.

¹⁸⁴ *Ibid.*, paragraaf 8.

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Mededeling nr. 1/2013, 3/2019.

¹⁸⁶ Zie CRPD, *Standpunten aangenomen door het Comité onder artikel 5 van het Facultatief Protocol, betreffende mededeling nr. 60/2019* (2020) CRPD/C/23/D/60/2019, paragrafen 7.5 en 7.8; *ZH v Zweden*, nr. 59/2019 (2021).

¹⁸⁷ Zie CRPD, *Marie-Louise Jungelin tegen Zweden*, nr. 5/2011 (2014), paragraaf 10.6.

onevenredig of onterecht. Het is ook belangrijk om op te merken dat het CRPD geen paginalimiet stelt aan het aantal inzendingen. Het stelt daarentegen dat 'naast alle relevante informatie die beschikbaar was op het moment van indiening, ook alle informatie die op een later tijdstip is verkregen, zoals documenten waaruit blijkt dat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput of documenten met relevante informatie voor de zaak', moet worden ingediend.¹⁸⁹

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat de verschillende VN- en regionale mensenrechtenorganen over het algemeen een vergelijkbare flexibele benadering van bewijsvoering hanteren. Ze hanteren echter aanzienlijke variatie in hun benaderingen van bewijsvoering en bewijslast. Dit gebeurt soms zelfs binnen de specifieke jurisprudentie van die instellingen. De behoefte aan flexibiliteit en de wens om de onafhankelijkheid van elke instelling te respecteren zijn belangrijk, maar moeten worden afgewogen tegen de noodzaak om de robuustheid van de bevindingen te behouden, en daarmee de geloofwaardigheid van het mensenrechtenproject wereldwijd.¹⁹⁰ Er is geen basis in de verschillende verdragen die door deze organen worden toegepast die rechtvaardigt dat feiten op een materieel verschillende manier worden vastgesteld per orgaan. Het introduceren van meer consistentie zal de voorspelbaarheid en consistentie van de behandeling van zaken ten goede komen. Zoals hierboven uiteengezet, zal een dergelijke consistentie de kruisbestuiving van de jurisprudentie van deze instanties ten goede komen en zal voorkomen dat er in soortgelijke zaken uiteenlopende uitkomsten worden bereikt, enkel en alleen omdat ze door verschillende instanties zijn gehoord. Hoewel een grondig feitenonderzoek ertoe kan leiden dat sommige zaken worden afgewezen, zijn er andere wegen beschikbaar in gevallen waarin het moeilijk is de feitelijke matrix te bepalen, zoals beschuldigingsbrieven en andere communicatie met overheden en bronnen.

Er zijn argumenten aangevoerd dat het unieke karakter van de Werkgroep, als een niet-verdragsorgaan, haar in staat stelt een 'politiek haalbaar alternatief te bieden voor op verdragen gebaseerde mechanismen voor de handhaving van mensenrechten'.¹⁹¹ Organen zoals de Werkgroep en het Mensenrechtencomité passen echter vaak dezelfde wettelijke bepalingen toe en oefenen hoffelijkheid uit in hun interacties. De Werkgroep kan een zaak overdragen aan een orgaan met een individuele zaakfunctie,¹⁹² zoals het Mensenrechtencomité, en andere mensenrechtenhoven hebben erkend dat zij zaken aan de Werkgroep zullen overdragen als deze de zaak al heeft behandeld.¹⁹³ De voorrang in een zaak die in meerdere jurisdicties is aangespannen, wordt in wezen bepaald door een temporele overweging van waar de zaak voor het eerst is aangespannen, in plaats van een inhoudelijke beoordeling van de status en normen van de betrokken organen, waaruit blijkt dat de organen vergelijkbare functies uitoefenen.¹⁹⁴ Bijgevolg is het belangrijk dat deze organen over het algemeen consistente bewijslasten en bewijsnormen hanteren, om te voorkomen dat klagers overgaan tot forumshopping in een poging te profiteren van de minst veeleisende aanpak.

Ondanks enkele inconsistenties hanteren al deze instanties procedures die het mogelijk maken de standpunten van alle partijen te horen voordat ze beslissingen nemen. Deze procedure op tegenspraak maakt duidelijk dat er binnen de rechtspraak op het gebied van mensenrechten erkenning is voor de noodzaak van genuanceerde bewijsbenaderingen, die niet alleen op de eiser rusten. Door de verantwoordelijkheid bij de overheid te leggen om elke door de bron aangetoonde *prima facie*-zaak te weerleggen, worden de verplichtingen van staten versterkt om ervoor te zorgen

¹⁸⁹ CRPD, Informatieblad over de procedure voor het indienen van mededelingen bij het Comité voor de rechten van personen met een handicap krachtens het Optionele Protocol bij het Verdrag (2012) CRPD/C/5/2/Rev.1, paragraaf 11.

¹⁹⁰ Zie Roberts supra n 7 op 1694–1695.

¹⁹¹ Genser en Winterkorn-Meikle, supra n 7 bij 690, 704–706.

¹⁹² De Werkgroep krijgt de opdracht een zaak over te dragen aan een verdragsorgaan met een individuele zaakfunctie, zoals het Comité voor de Rechten van de Mens, indien de zaak reeds aan dat andere orgaan is voorgelegd; Methoden van Werking, supra n 52, par. 33.

¹⁹³ Het Europees Hof zal bijvoorbeeld een zaak niet-ontvankelijk verklaren als de Werkgroep hierover al een advies heeft uitgebracht via haar functie voor individuele zaken; EHRM: *Peraldi c. Frankrijk* (beslissing), nr. 2096/05, 7 april 2009. De Werkgroep heeft echter geen dergelijke strikte aanpak gehanteerd bij de behandeling van dezelfde zaak die al is behandeld door een ander internationaal of regionaal mensenrechtenorgaan (zie bijvoorbeeld Advies nr. 31/2021, 89/2018).

¹⁹⁴ Zie EHRM: *Peraldi c. France* (beslissing), nr. 2096/05, 7 april 2009 (waarin wordt geconcludeerd dat de procedure voor de Werkgroep veel overeenkomsten vertoont met die voor het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties, dat volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een procedure van internationaal onderzoek of schikking vormde, waardoor een herhaalde indiening bij het ECHR niet aanvaardbaar werd geacht). Zie ook *De Weert* (2018) 25 E.H.R. 61 (over het Verdrag).

bescherming van de rechten en verantwoordingsplicht, waarbij het beginsel van *hoor en wederhoor* wordt gerespecteerd, terwijl tegelijkertijd de mensenrechtenoorsprongen van deze mandaten worden gehandhaafd.¹⁹⁵

6. E. Het hanteren van een gemeenschappelijke bewijsstandaard voor alle mensenrechtenorganisaties

Zoals hierboven opgemerkt, wordt hierin voorgesteld dat een evenwicht van waarschijnlijkheid (ook uitgedrukt als het 'overwicht van bewijs') wordt beschouwd als een passende standaard voor mensenrechtenorganisaties.

De balans van waarschijnlijkheid is door Lord Justice Toulson als volgt uitgelegd:

'niet minder en niet meer dan dat de rechtbank op rationele en objectieve gronden overtuigd moet zijn dat de zaak voor het geloven dat het voorgestelde causale verband heeft plaatsgevonden sterker is dan de zaak voor het niet geloven daarvan.'¹⁹⁶

De Werkgroep zelf heeft in sommige meningen verwezen naar een norm van 'overtuigend bewijs',¹⁹⁷ die in feite gelijkstaat aan de waarschijnlijkheid (aangezien een bewering nauwelijks 'overtuigend' zou zijn als de gronden om deze niet te geloven sterker zijn dan de gronden om deze wel te geloven).

Een andere formulering, 'redelijk om te concluderen', sluit ook effectief aan bij deze benadering, aangezien het niet redelijk zou zijn om een claim die op zwakkere gronden berust dan de zaak ertegen, geloofwaardig te achten.

Omgekeerd is de term 'voldoende bewijs' dubbelzinniger. Hoewel deze geïnterpreteerd kan worden in lijn met de waarschijnlijkheidsberekening, kan deze ook worden geïnterpreteerd als een lagere drempel die simpelweg vereist dat de gronden op het eerste gezicht geloofwaardig zijn en niet zelf-tegenstrijdig. In die zin is het verwant aan de *prima facie* -norm die de Werkgroep als voorlopige drempel beschouwt.¹⁹⁸ Aangezien de uiteindelijke norm vanzelfsprekend hoger moet zijn dan de

voorlopige drempel, is de *prima facie* -drempel ongeschikt als definitieve norm voor het vaststellen van feiten. De Werkgroep heeft in haar herzieningsprocedure immers benadrukt dat de *prima facie* -norm geschikt is om de ontvankelijkheid van een verzoek te bepalen, maar niet om *het* af te handelen.¹⁹⁹ De uiteindelijke norm mag echter niet zo hoog zijn als de strafrechtelijke norm van buiten redelijke twijfel.

Van klagers in mensenrechtenzaken kan niet worden verwacht dat zij het soort onderzoek uitvoeren dat nodig is om bewijs te verzamelen dat voldoet aan de strafrechtelijke bewijsstandaard.²⁰⁰ Tussen deze laagste en hoogste bewijsniveaus bevindt zich de meer gematigde norm van de waarschijnlijkheidsbalans. Zoals hierin geformuleerd, is dit een norm die haalbaar is voor klagers (met name rekening houdend met de bewijsveronderstellingen die waar nodig kunnen worden opgenomen).²⁰¹ Deze norm is ook verdedigbaar tegen kritiek op het produceren van onbetrouwbare en ongefundeerde uitkomsten. En op systemisch niveau zal het expliciet verankeren van deze norm een beschermingslaag vormen tegen beweringen over inconsistentie, selectiviteit, ondoorzichtigheid en onbewuste vooroordelen in de feitenonderzoeken over mensenrechten.²⁰²

¹⁹⁵ Zie een soortgelijke conclusie in Roberts supra n 7.

¹⁹⁶ *Nulty & Ors v Milton Keynes Borough Council*[2013] EWCA Civ 15, met instemming geciteerd door King LJ in Re A op [56], Toulson LJ.

¹⁹⁷ Zie besluit nrs. 9/1992, paragraaf 6(h); 14/1992, paragraaf 6(h). Zie ook Viljoen supra n 7 bij 88.

¹⁹⁸ Indien een klager een *op het eerste gezicht* geloofwaardige zaak presenteert waarop de overheid geen effectief antwoord geeft, zal de Werkgroep doorgaans oordelen dat de zaak, gezien het uitblijven van een reactie, voldoet aan de vereiste norm om definitieve bevindingen te kunnen doen. Indien de overheid echter wel reageert op de specifieke aantijgingen, zal de Werkgroep de concurrerende argumenten afwegen en niet louter vertrouwen op het feit dat de klager een *op het eerste gezicht* geloofwaardige zaak heeft gepresenteerd.

¹⁹⁹ Zie Advies nr. 27/2019, par. 76 ('[I]n het advies van de Werkgroep vormt de beslissing dat een verzoek om herziening ontvankelijk is, een *prima facie* conclusie op basis van de informatie die is verstrekt door de partij die het verzoek heeft ingediend.').

²⁰⁰ Zie echter paragraaf 6 hierboven voor voorbeelden van jurisprudentie van het EHRM die pretendeert een maatstaf van buiten redelijke twijfel toe te passen.

²⁰¹ Zie paragraaf 3 hierboven.

²⁰² Zie Viljoen supra n. 7 op pp. 55-56 en 77-78 voor voorbeelden van (enigszins misplaatste) beschuldigingen van 'onjuistheden' en 'valse feiten' door overheden tegen de Werkgroep. Merk op dat andere overwegingen van toepassing kunnen zijn op commissies voor massaclaims, die hier niet worden behandeld.

7. VOORSTELLEN OM DE BEWIJSLAST VOLLEDIG OM TE DRINGEN

Er zijn verzoeken gedaan om de bewijslast in mensenrechtenzaken om te draaien.

Zo is bijvoorbeeld betoogd dat de 'algemene bewijslast' moet worden omgedraaid wanneer er sprake is van 'differentiële toegang tot informatie'.²⁰³ Dit zou voortbouwen op de benadering van het IACtHR in de baanbrekende zaak van *Velasquez Rodriguez*, waar het opmerkte dat '[o]mdat de Commissie de regering beschuldigt van de verdwijning van Manfredo Velásquez, zij in principe de bewijslast moet dragen voor de feiten die ten grondslag liggen aan haar verzoekschrift'. Het kwalificeerde deze stelling echter door op te merken dat 'het argument van de Commissie gebaseerd is op de stelling dat het beleid van verdwijningen, gesteund of getolereerd door de regering, is ontworpen om bewijs van verdwijningen te verbergen en te vernietigen' en daarom '[w]anneer het bestaan van een dergelijk beleid of praktijk is aangetoond, kan de verdwijning van een bepaald individu worden bewezen door middel van indirect of indirect bewijs of door logische gevolgtrekking', aangezien '[o]nders zou het onmogelijk zijn om te bewijzen dat een individu is verdwenen'.²⁰⁴

Deze algehele omkering op basis van afwijkende informatie lijkt de Werkgroep echter onnodig, gezien de bewijslast die op overheden rust wanneer informatie redelijkerwijs niet beschikbaar is voor eisers. Bovendien kan dit, vanuit beleidsoogpunt, leiden tot een groot aantal volstrekt ongegronde claims, wat overheidsbudgetten zou opslokken die beter besteed zouden kunnen worden aan het ondersteunen van de naleving van mensenrechtenbescherming dan aan het behandelen van ongefundeerde claims. Bovendien is het niet duidelijk hoe een algehele omkering in de praktijk zou worden bereikt en of de eiser zou moeten aantonen dat hij geen toegang tot informatie heeft of simpelweg kan aannemen dat de last op de overheid rustte.²⁰⁵ Daarentegen heeft de *prima facie*-benadering van de Werkgroep het voordeel van eenvoud, in die zin dat de eiser de zaak slechts hoeft te presenteren voor zover hij daartoe in staat is, en vervolgens, zolang deze *prima facie* geloofwaardig is, het aan de overheid is om deze te ontkrachten.²⁰⁶ Een andere selectieve verschuiving van de last wordt gevormd door de

bewering dat deze moet worden teruggedraaid wanneer er sprake is van een 'systematisch patroon van schendingen'.²⁰⁷ Ook dit roept de vraag op hoe de eiser dergelijke systemische praktijken zal aantonen. Zo is bijvoorbeeld gesuggereerd dat dit kan worden aangetoond door drie cumulatieve factoren (de schending, het patroon en de schending die binnen het patroon valt), op basis van de waarschijnlijkheid. Dat legt echter een zware last op de eiser en kan hem ertoe aanzetten om informatie te verzamelen in andere zaken die represailles tegen hem kunnen uitlokken. In dit licht lijkt deze voorgestelde 'omkering' een nog grotere last voor eisers te betekenen dan de huidige. De bepaling welke eisers als voldoende kwetsbaar kwalificeren, zou op zijn minst een bewijsproces op zich vereisen. De *prima facie*-benadering van de Werkgroep ondervangt dit probleem door simpelweg te eisen dat de eiser de zaak zo goed mogelijk presenteert met de beschikbare informatie. Bovendien kan de Werkgroep zelf kijken naar materiaal dat bredere patronen aangeeft, zoals van andere houders van speciale mandaten.²⁰⁸

Bovendien is het onduidelijk wat deze selectieve omkeringen zouden betekenen voor andere omstandigheden, zoals in relatie tot personen met een beperking, of die economisch achtergesteld zijn, of simpelweg

²⁰³ Roberts supra n 7 op 24.

²⁰⁴ *Zaak Velásquez Rodríguez tegen Honduras*, Merits, IACHR-serie C nr. 4, [1988] IACHR 1, (1989) 28 ILM 291, (1988) 9 HRLJ 212, IHRJ 1385 (IACHR 1988), 29 juli 1988, paragrafen 123-124.

²⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Roberts supra n 7 op 1706-1707.

²⁰⁶ Omgekeerd, als de regering in haar reactie een nieuwe kwestie aankaart, zou daaruit niet automatisch een bewijslast voor de bron voortvloeien, aangezien deze doorgaans geen toegang heeft tot dezelfde reikwijdte en diepgang aan informatie als de regering. Niettemin, indien het een feit is dat een bron redelijkerwijs zou kunnen weten en deze blijft zwijgen zonder uit te leggen waarom hij niet heeft gereageerd, kan dat van invloed zijn op het gewicht dat aan de betreffende argumenten wordt toegekend.

²⁰⁷ Roberts supra n 7 op 1712-1713.

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Roberts supra n 7 op 1712-1713.

Uit gebieden met minder toegang tot hoger onderwijs. Door bepaalde categorieën mensen te laten profiteren van een algehele last, terwijl anderen dezelfde speciale behandeling wordt ontzegd, bestaat het risico dat er discriminatie ontstaat, wat op zichzelf al een schending van de mensenrechten is.

In bredere zin zijn er beweringen gedaan dat de volledige bewijslast in het kader van claims inzake mensenrechten zou moeten worden 'omgedraaid' door de bewijslast te leggen bij de overheid tegen wie een beschuldiging van mensenrechtenschending wordt ingediend.²⁰⁹ Dit zou de bewijslast simpelweg in zijn geheel bij de overheid leggen.²¹⁰ Deze benadering op basis van weerlegbare veronderstellingen zou echter het risico met zich meebrengen dat mensenrechtenorganisaties en overheden worden overspoeld met frivole claims, omdat hiermee zelfs de bescheiden vereiste van een *prima facie*-zaak door de bron zou worden weggenomen.²¹¹ De werkgroep moet in het bijzonder alert zijn op de risico's van overstrooming, vanwege het open ontvankelijkheidsregime en het ontbreken van de vereiste om nationale rechtsmiddelen uit te putten.²¹² Op ontologisch niveau zou de volledige verschuiving van de bewijslast naar de overheid er in feite toe leiden dat deze mensenrechtenorganisaties verondersteld worden schendingen te hebben begaan, telkens wanneer de overheid niet reageert, zelfs als er geen bewijsbasis is die op een schending wijst (wat anders is dan een bevinding van een schending wanneer er een *prima facie*-zaak is gepresenteerd, maar geen reactie van de overheid). Daarmee zouden quasi-rechterlijke mensenrechtenorganen ver verwijderd raken van het juridische aspect van hun binaire aard.

Er is betoogd dat het opleggen van een bewijslast aan eisers in strijd is met de uitspraken van het Inter-Amerikaanse Hof, dat oordeelde dat 'een wet op nationaal niveau die de bewijslast bij slachtoffers legt met betrekking tot claims van gedwongen verdwijning, als zodanig een schending van rechten vormt'.²¹³ Er is echter geen recht dat verbiedt dat een eiser een *prima facie* zaak aantoont voor mensenrechtenorganisaties. Alle onderzochte mensenrechtenorganisaties leggen de eiser een bepaalde vorm van bewijslast of drempel op voor de registratie, ontvankelijkheid of behandeling van een zaak.

Als een dergelijke eis zou worden verworpen, zouden deze instanties overspoeld kunnen worden met totaal ongefundeerde claims, wat ten koste zou gaan van de vele slachtoffers van willekeurige detentie en daaraan gerelateerde misdaden.

8. CONCLUSIES

De bewijsvoeringsbenaderingen die quasi-gerechterlijke mensenrechtenorganen hanteren, zijn cruciaal voor de uitkomst van de zaken die hen worden voorgelegd. Uit de voorgaande analyse blijkt echter dat ze een veelheid aan procedures, taxonomieën en zelfs lexicons hanteren. Hoewel ze inhoudelijk *ratione materiae* verschillen en sommige formele ontvankelijkheidsprocedures hanteren, delen ze allemaal een tweeledige ontologie. Het verzoenen van deze twee facetten vereist respect voor hun onderliggende mensenrechtendoel, naast hun rechtsprekende functie en procedures. In dit opzicht hebben ze een gemeenschappelijk belang bij het waarborgen van transparante en eerlijke bewijsvoeringsbenaderingen.

Het harmoniseren van de benaderingen van quasi-gerechterlijke mensenrechtenorganen ten aanzien van bewijsvoering zal doorwerken in hun inhoudelijke beslissingen. Het zal de zekerheid van de mensenrechtenwetgeving vergroten, regeringen aanmoedigen om zich met deze processen bezig te houden en de prikkel tot forumshopping tussen instanties wegnemen. De overstap naar vergelijkbare benaderingen van bewijsvoering en bewijsnormen, zoals bepleit in dit artikel, zal een basis leggen voor een nog grotere consistentie, voorspelbaarheid en overkoepelende coherentie van de internationale mensenrechtenarchitectuur. Het kan

²⁰⁹ Roberts supra n 7, verwijzend naar di Sarsina, 'The Content of the Obligation to Investigate and Prosecute International Human Rights Law Violations', in *Transitional Justice and a State's Response to Mass Atrocity* (2019).

²¹⁰ Een volledige omkering van de bewijslast zou betekenen dat de bewijslast niet bij de eiser ligt, maar bij de verweerder (de overheid) *ab initio*. Dat zou aanzienlijk verschillen van de hier uiteengezette *prima facie*-benadering.

²¹¹ Zie Roberts supra n 7 op 10, waarin hij verwijst naar 'het voordeel van het voorkomen van het veel grotere aantal ongegronde claims dat zou 'Succesvol zijn als de last wordt omdraaid' en voorkomen dat het rechtssysteem zich bemoeit met het leven van mensen.

²¹² Zie paragraaf 3 hierboven.

²¹³ Zie *Comar-Beltrán v. Peru*, zaak nr. 11.000. IACHR, Medida cautelar de protección (23 november 2005), paragraaf 106-109.

ook dienen als opstap naar bredere institutionele hervormingen, zoals de oprichting van een Hof voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties.²¹⁴

Door heilzame richtlijnen te bieden, biedt de Werkgroep een vruchtbare bron voor onderzoek, omdat zij ten eerste een groot aantal zaken behandelt en ten tweede niet beperkt is tot staten die verdragen hebben ondertekend. Uit de iteratieve ontwikkeling van de jurisprudentie van de Werkgroep blijkt dat de *prima facie*-benadering zich in de loop van drie decennia van haar jurisprudentie heeft ontwikkeld en uiteindelijk een consistent kenmerk in haar jurisprudentie is geworden. Deze benadering bevindt zich op het midden tussen haar etiologische wortels in de mensenrechten en haar quasi-juridische verwerking van individuele claims. De gefaseerde aanpak van de Werkgroep is van groot nut voor andere mensenrechteninstellingen met juridische of quasi-juridische functies. Het biedt eisers de flexibiliteit om hun zaak te onderbouwen met de middelen die hen ter beschikking staan, terwijl tegelijkertijd een volledig open poort wordt vermeden die het risico zou lopen de groep te overspoelen met ongefundeerde beschuldigingen.

Niettemin heeft de organische opkomst van de *prima facie*-benadering geleid tot lexicon- en taxonomische variatie. Deze verschillen zouden baat hebben bij standaardisatie, bijvoorbeeld via een specifiek beleidsdocument zoals de werkmethoden. Hoewel alternatieven voor de *prima facie*-benadering, zoals een selectieve omkering van de bewijslast of wanneer er sprake is van systematische schendingen, zijn aangeprezen,²¹⁵ riskeren deze alternatieven verdere onzekerheid voor procespartijen. De toepassing ervan blijft onduidelijk en lijkt te vereisen dat eisers een gebrek aan toegang tot informatie of systematische schendingen aantonen. Op deze manier kunnen ze leiden tot hogere lasten voor eisers. De voorgestelde volledige verschuiving van de lasten naar de overheid in alle instanties zou een radicale breuk betekenen met het juridische aspect van de oorsprong van deze instanties en zou ertoe kunnen leiden dat ze overspoeld worden met ongefundeerde claims.

Wat betreft de bewijsstandaard die door quasi-gerechtelijke mensenrechtenorganen wordt gehanteerd, is er aanzienlijke ondoorzichtigheid en variatie. Op basis van de hierin opgenomen analyse wordt voorgesteld dat een standaard van de 'balance of probabilities' (of een gelijkwaardige standaard) geschikt is. Organen met formele ontvankelijkheidsprocedures zouden in dat stadium expliciet een *prima facie*-drempel kunnen hanteren en vervolgens overgaan op de standaard van de 'balance of probabilities' voor hun uiteindelijke beslissingen, rekening houdend met specifieke bewijslasten waar nodig. Het expliciet verwijzen naar deze standaard in beslissingen zal de consistentie, betrouwbaarheid en transparantie van de feitelijke vaststellingen door quasi-gerechtelijke mensenrechtenorganen vergroten. Uiteindelijk kan dit de uitvoering van hun beslissingen bevorderen, ten gunste van slachtoffers van mensenrechtenschendingen.

Het uitgebreide onderzoek naar de bewijsvoeringsaanpak van de Werkgroep, naast de vergelijking met andere quasi-juridische mensenrechtenorganen, benadrukt de gemeenschappelijke doelstelling om de naleving van mensenrechten te verbeteren en het belang van betrouwbare feitenonderzoeken in dit streven. Terwijl de Werkgroep een robuust procedureel voorbeeld biedt via de gesequenseerde aanpak, blijft zij ook zoeken naar de beste manier om haar mensenrechten- en quasi-adjudicatieve aspecten in evenwicht te brengen. Door deze iteratieve kruisbestuiving van praktijken kunnen deze organen hun binaire etiologische wortels respecteren door mensenrechtenschendingen te identificeren die zonder angst of gunst plaatsvinden, en er tegelijkertijd voor zorgen dat ze dit doen op basis van een solide bewijsfundament.

²¹⁴ Zie Vijljoen supra n. 7, 96-97.

²¹⁵ Zie de bespreking van de voorstellen van Rebekah Kibukaia in sectie 7.